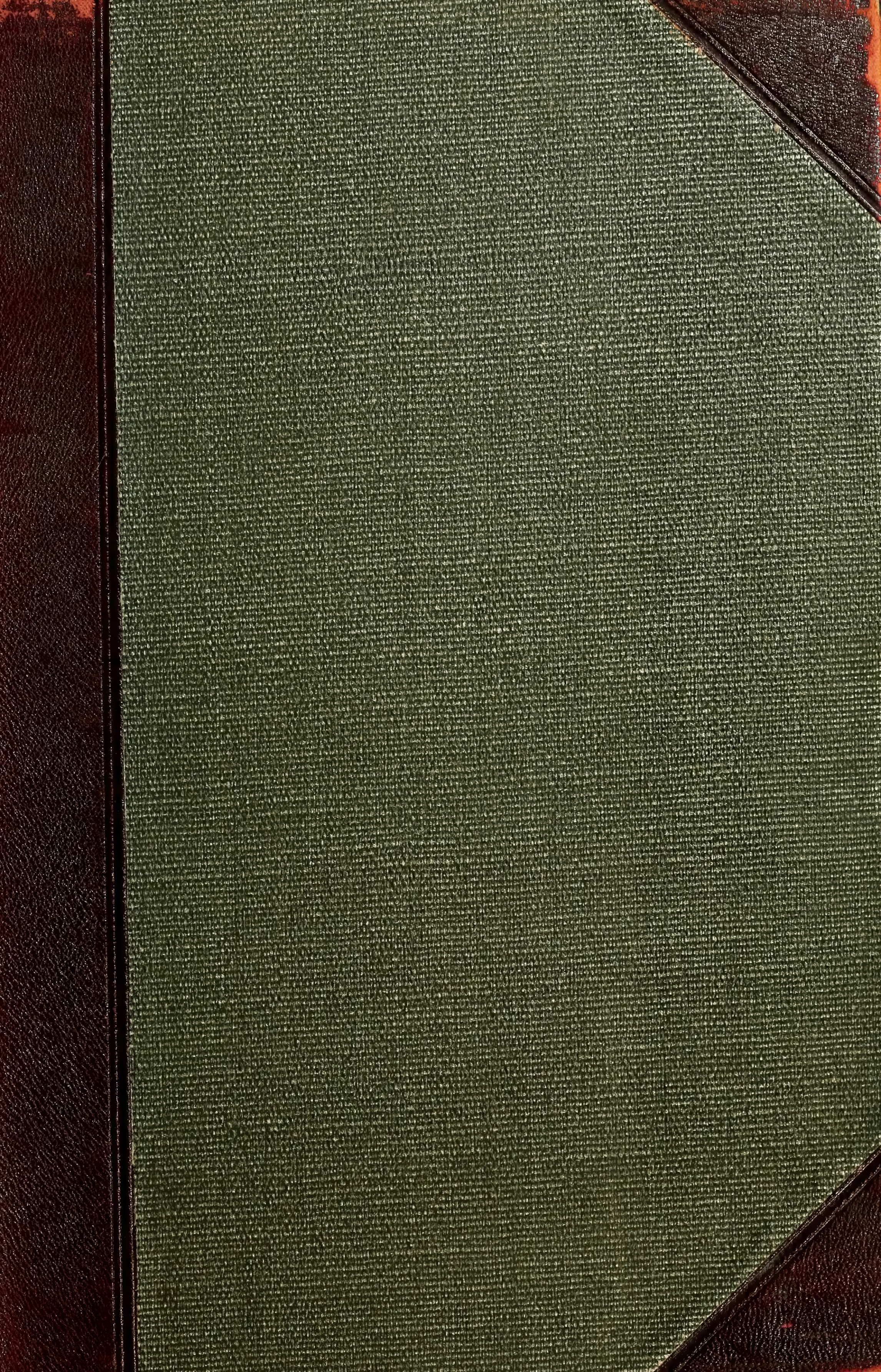



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

1. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1903 umfassend).

Zweiter Band.



Berlin, 1904.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Inhaltsverzeichniß.

Abkürzungen.

A.bürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
A.civPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
A.öffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BayrNotZtg. = Bayerische Notariats-Zeitung.
BayrObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes.
Böhms Z. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
Buschs Z. = Zeitschrift für deutschen Civilprozeß . . . Begründet von Busch.
CBlfFrG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
CBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Egers eisenb. E. u. A. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
Elf. Lothr. JZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, [zunächst für das Königreich Sachsen.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
GRschutz. = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht u. s. w. Herausgegeben von Holdheim.
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.

JW = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
OestAGZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
OestCBl. = Oesterreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PosMschr = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PreußVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Puchelts Z = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht.
R = Das Recht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RheinAV = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
Seuff. A. = Seufferts Archiv.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.

Viertes Buch.
Familienrecht.

Erster Abschnitt.
Bürgerliche Ehe.

Erster Titel.
Verlöbniß.

1. Zu den Worten „Bürgerliche Ehe" in der Ueberschrift bemerkt Schoen („Beziehungen zwischen Staat und Kirche auf dem Gebiete des Eherechts" in der Göttinger Festschrift für Regelsberger, 215), daß damit nicht neben der bürgerlichen Ehe eine kirchliche anerkannt, sondern vielmehr nur darauf hingewiesen werden soll, daß die eine Ehe, die es giebt, eine kirchliche und eine bürgerliche Seite hat und daß der Staat nur die letztere durch seine Gesetzgebung treffen will.

2. Sartorius (Kommentar zum Personenstandsgesetze, 22) hebt hervor, daß die Worte „Bürgerliche Ehe" lediglich die Selbständigkeit des Eherechts der Kirche in ihrem eigentlichen Bereiche zum Ausdrucke bringen sollen.

§ 1297. 1. Die Vorschrift ist trotz ihrer Fassung („geklagt werden") materiell-rechtlich; sie besagt, daß ein Verlöbniß, wenngleich es rechtlich nicht ganz bedeutungslos ist, eine Rechtsverbindlichkeit zur Eingehung der Ehe nicht erzeugt. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 124.

2. a) Goldmann, DJZ. 01 432. Das Verlöbniß ist ein familienrechtlicher Vertrag; die allgemeinen Regeln des BGB. über Rechtsgeschäfte finden daher auf das Verlöbniß nur insoweit Anwendung, als sie mit dem Geiste des Verlöbnißinstituts harmonieren Vgl. Mumm, Seuff. Bl. 65 162.

b) Nicht als rein familienrechtlichen, sondern als einfachen obligatorischen Vertrag fassen das Verlöbniß auf: Dittenberger (Das Verlöbnißrecht nach BGB.) und Cramer (Das Verlöbniß nach BGB.).

α. Dittenberger führt aus:

Das Verlöbniß ist der Vertrag zweier Personen verschiedenen Geschlechts, durch welchen die Kontrahenten sich zur künftigen Eheschließung gegenseitig obligatorisch verpflichten und welcher inhaltlich unter den Kontrahenten das familienrechtliche Band des Brautstandes begründet (60).

Für die Beibehaltung der überlieferten Theorie von der obligatorisch-familienrechtlichen Natur des Verlöbnißvertrages spricht insbesondere die Thatsache, daß der Gesetzgeber es ausdrücklich von sich gewiesen hat, dem Verlöbnisse die Fähigkeit zur rechtlichen Bindung der Brautleute abzusprechen; nur die Erzeugung eines klagbaren Anspruchs ist dem Verlöbnisse versagt. Auch den thatsächlichen Verhältnissen, insbesondere der Volksanschauung, wird die erwähnte Begriffsbestimmung gerecht, da nach allgemeinem Empfinden der wesentlichste Inhalt des Verlöbnisses seine Beziehung zur künftigen Eheschließung und eine hierauf

abzielende Bindung der Verlobten ist. Nur eine Verkennung dieses Inhalts kann zu der Anschauung führen, daß der Brautstand allein gewollt sei und die künftige Ehe sich nur als das begriffs- und bestimmungsmäßige Ergebniß dieses Brautstandes darstelle. (Stutz, Die rechtliche Natur des Verl., 59.) Ferner läßt das ausdrückliche Verbot der Konventionalstrafe im § 1297 Abs. 2 einen Rückschluß zu auf die rechtlich verpflichtende Kraft des zu Grunde liegenden Geschäfts (129).

Die Einigungserklärungen unterliegen als rechtsgeschäftliche Willenserklärungen den allgemeinen Vorschriften, insbesondere auch insoweit, als sie Mängel in sich tragen. Während aber bedingte und befristete Verlöbnisse zulässig sind, ist der Abschluß durch Stellvertreter ausgeschlossen, weil die Zulassung einer Stellvertretung im Willen der höchstpersönlichen Natur des Verlöbnisses widersprechen würde (65 ff.).

β. Cramer führt aus:

Das Verlöbniß ist ein obligatorisches Vertragsverhältniß, auf dessen Abschluß im Wesentlichen die allgemeinen Bestimmungen über die Verträge Anwendung finden. Es ist sonach erforderlich:

Geschäftsfähigkeit, bei beschränkter Geschäftsfähigkeit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters;

wahrer Verlöbnißwille und bestimmte Erklärung desselben; Irrthum begründet Anfechtungsrecht. Stellvertretung ist nur in der Erklärung des Willens, nicht in diesem selbst zulässig;

Nichtvorhandensein eines absoluten Ehehindernisses zwischen den Verlobten. Das Verlöbniß eines Ehegatten ist nichtig; ebenso ein solches zwischen Vormund und Mündel.

Ein Verlöbniß unter einer Bedingung oder mit einer Auflage ist gültig, sofern diese nicht unsittlich ist; die Hinzufügung eines Endtermins macht das Verlöbniß nichtig.

Das Verlöbniß verpflichtet zur „Verlöbnißtreue", sowie zur Eingehung der Ehe; § 1297 Abs. 1 negirt nicht die rechtliche Verbindlichkeit des Verlöbnisses, sondern nur dessen Klagbarkeit.

c) Gegen die Rechtsgeschäftsnatur des Verlöbnisses wendet sich Hellmann, DJZ. 01 217 ff.; er vertritt die Deliktstheorie und faßt die §§ 1298 bis 1300 als Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. auf.

3. Engel, R. 01 534: Dem Verlöbniß einer Dirne, die mit Wissen und Willen ihres Verlobten (Zuhälters) nach wie vor gewerbsmäßige Unzucht treibt, ist nicht unbedingt die rechtliche Anerkennung zu versagen. Denn es ist der Schluß nicht zwingend, daß ein Verlöbniß, weil es sittliche Pflichten begründet, nur dann vorliege, wenn die Verlobten willens seien, diese Pflichten zu erfüllen. Diese Pflichten sind nur naturalia, nicht essentialia des Verlöbnißvertrages; es ist nicht ersichtlich, weshalb sie nicht durch Konsens der Paziszenten, den Anschauungen und Verhältnissen derselben entsprechend, beschränkt werden können, ohne daß dadurch das Verlöbniß selbst mit seinen civilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Folgen (vgl. §§ 1898 ff. BGB., § 51 StrPO., § 52 StGB.) ipso jure, also sogar gegen den Willen der Verlobten, aufgehoben würde. Die Dirne ist daher im Prozesse gegen den Verlobten berechtigt, ihr Zeugniß zu verweigern. Dagegen Lau, R. 01 559; Engel, ebd. 560.

Lau, HansGerZ. Beibl. 01 301, rechnet die geschlechtliche Treue zum wesentlichen Inhalt eines Verlöbnißvertrages und erachtet ein Verlöbniß, das der Verlobten gewerbsmäßige Unzucht gestattet, für nichtig.

4. a) Zur gültigen Verlobung bedürfen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters; dagegen besteht das Erforderniß

elterlicher Einwilligung für minderjährige Personen bei der Verlobung nicht. Enneccerus-Lehmann, (2) II 397.

b) Nach Heinzerling (Handlungsfähigkeit der Minderjährigen, 130) sind auf die Frage der Verfügungsfähigkeit zum Abschluß eines Verlöbnisses die Bestimmungen über die Eheschließung entsprechend anzuwenden.

5. a) Die Gültigkeit eines Verlöbnisses ist dadurch, daß dem unmittelbaren Abschlusse der Ehe zunächst ein Hinderniß entgegensteht, nicht ausgeschlossen. Ein nach rechtskräftiger Scheidung einer Ehe von dem geschiedenen Ehegatten mit dem Mitschuldigen des Ehebruchs geschlossenes ernstliches Verlöbniß ist als unter der Bedingung der Erwerbung der im § 1312 Abs. 2 vorgesehenen Befreiung eingegangen anzusehen. OLG. **4** 352 (Kiel).

b) Die Unklagbarkeit des Verlöbnisses als Grundsatz sittlichen, also zwingenden Charakters gilt auch Ausländern und im Auslande geschlossenen Verlöbnissen gegenüber. Kuhlenbeck, Von den Pand. 63.

OLG. **2** 133 (KG.): § 1297 Abs. 2 bezweckt, klarzustellen, daß, obwohl der Verlöbnißvertrag nicht für unwirksam, sondern nur für klaglos erklärt ist, doch der Satz, daß eine Strafe nicht wirksam für eine gesetzlich unzulässige Leistung vereinbart werden kann, auch auf das Verlöbniß Anwendung leidet.

c) OLG. **1** 30 (Hamburg): Die Klage auf Leistung des Erfüllungsinteresses ist beseitigt, da die Zulassung einer solchen Klage mit der Natur und dem Zwecke der (zwingenden) Vorschrift des § 1297 unvereinbar wäre. Hat sich jedoch der ursprüngliche Anspruch auf Eingehung der Ehe bereits vor dem 1. Januar 1900 in einen Schadensersatzanspruch verwandelt, so ist der Grundsatz des Art. 170 Einf.Ges. z. BGB. für maßgebend zu erachten.

6. Uebergangsbestimmungen.

Auch aus einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen, nach damaligem Rechte formgültigen Verlöbniß ist keine Klage auf Eingehung der Ehe gegeben. Es kann auch ein Schadensersatzanspruch nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß ein solcher schon vor dem 1. Januar 1900 aus dem Verlöbniß erwachsen ist. OLG. **1** 30 (Hamburg), **2** 148 (Hamburg), HansGerZ. Beibl. **00** 37, 49, 122, 127; DJZ. **00** 256, RG. JW. **01** Beil. 33, 73, 111, 173; **02** 12.

OLG. **4** 82 (KG.): Ein vor dem 1. Januar 1900 geschlossenes, nach diesem Zeitpunkte fortgesetztes ungültiges Verlöbniß wird nicht rückwärts gültig. Vgl. OLG. Braunschweig, R. **02** 589.

§ 1298. 1. a) Der Schadensersatzanspruch wird begründet durch die Behauptung, daß der Gegner vom Verlöbnisse zurückgetreten sei, doch wird der Gegner befreit durch den Nachweis, daß ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorgelegen hat. Voraussetzung ist stets, daß der zu Grunde liegende Verlöbnißvertrag rechtswirksam war; ist das Verlöbniß nichtig oder mit Erfolg angefochten, so kommen die §§ 1298 ff. überhaupt nicht zur Anwendung, wohl aber im Falle erfolgreicher Anfechtung § 1301. Dittenberger 146.

Für die Entstehung des Anspruchs der Eltern ist es gleichgültig, ob sie in Befolgung einer Unterhalts- oder Aussteuerpflicht, oder aber aus reiner Liberalität gehandelt haben.

Die Aufwendungen müssen „in Erwartung der Ehe" gemacht, die Verbindlichkeiten ebenso eingegangen sein, doch brauchen sie nicht zugleich „für die Zwecke der Ehe" gemacht oder eingegangen zu sein. Nicht erstattungsfähig sind Aufwendungen, die zwar durch das nahe persönliche Verhältniß der Verlobten hervorgerufen sind, mit der Thatsache der künftig zu erwartenden Eheschließung jedoch nichts zu thun haben, wie z. B. die Aufwendungen für Blumenspenden, die von dem Bräutigam für allsonntägliche Besuche seiner in der Nach-

barstadt wohnenden Braut verausgabten Reisekosten und Aehnliches. Dittenberger 166 f.

Die Erstattungspflicht erstreckt sich nicht auf den ganzen Betrag der Aufwendungen u. s. w., sondern hat nur den wirklich entstandenen Schaden zum Gegenstand. Ob die thatsächlich gemachten Aufwendungen u. s. w. angemessen waren, bestimmt sich nach der wirthschaftlichen und sozialen Stellung beider Brautleute, namentlich aber unter billiger Berücksichtigung der wirthschaftlichen Lage des ersatzpflichtigen Theiles.

b) Der zum Rücktritte vom Verlöbnisse berechtigende Grund kann auch in der Person des Zurücktretenden liegen. Enneccerus-Lehmann (2) II. 399.

Dittenberger 123 ff. Einen wichtigen Grund bildet namentlich das Vorliegen eines Ehehindernisses und das Vorhandensein einer Thatsache, welche die Scheidung der geschlossenen Ehe rechtfertigen würde. Der Rücktrittsgrund kann auch in der Person des zurücktretenden Verlobten liegen, wie z. B. bei schwerer Krankheit desselben. Der Rücktritt vom Verlöbniß ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und wird wirksam mit dem Zugange der Erklärung.

2. Cramer a. a. O.: Auf den Rücktritt finden die §§ 346 ff. Anwendung. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Verlobte bedarf zur wirksamen Abgabe sowie Entgegennahme der Rücktrittserklärung keiner Genehmigung des gesetzlichen Vertreters.

Der Grund für den Rücktritt, der sowohl in der Person des Zurücktretenden als in der des anderen Theiles liegen kann und der diesem bei der Rücktrittserklärung nicht angegeben zu werden braucht, muß erst während des Verlöbnisses eingetreten sein; war ein solcher schon vor demselben vorhanden, aber erst während des Verlöbnisses zur Kenntniß des anderen Verlobten gekommen, so ist nicht Rücktritts-, sondern Anfechtungsrecht gegeben. Selbstmord eines Verlobten begründet für dessen Erben keine Schadensersatzpflicht.

Der Anspruch auf Schadensersatz ist ein eingenartig gestalteter Anspruch wegen Nichterfüllung des Verlöbnißvertrags, ein solcher ex pacto, nicht ex delicto. Voraussetzung desselben ist nur, daß zwischen Aufwendungen und Eheschließung Kausalzusammenhang besteht; nicht erfordert wird, daß die Wirkungen der Aufwendungen sich auf die erwartete Ehe selbst erstrecken.

Die Beurtheilung, ob die Aufwendungen angemessen waren, unterliegt, ebenso wie die, ob ein „wichtiger", den Rücktritt rechtfertigender Grund vorliegt, dem freien richterlichen Ermessen.

3. Aus der Praxis.

Auch der Irrthum über die Vermögensverhältnisse des anderen Theiles kann unter Umständen den Rücktritt vom Verlöbnisse rechtfertigen. OLG. Posen, Seuff. A. **56** 276.

RG. R. **02** 372. Die Ablehnung eines zweiten wohlhabenden Freiers stellt eine „das Vermögen berührende Maßnahme" nicht dar. Es kann daher auf diese Ablehnung ein Ersatzanspruch nicht gestützt werden.

OLG. **4** 353 (Stettin). Die Verlobte, die sich dem Verlobten hingegeben hat, kann den in Folge der Schwangerschaft erlittenen Schaden, den sie durch entgangenen Verdienst erlitten hat, nicht nach §§ 1298 und 1300 und ebensowenig nach § 1715 geltend machen.

OLG. Naumburg, Seuff. A. **57** 23. Ein wichtiger Grund zum Rücktritte ist Bruch der Verlöbnißtreue.

4. Uebergangsbestimmungen.

a) Ein Schadensersatzanspruch wegen Rücktritts vom Verlöbniß aus § 1298 ist auch dann gegeben, wenn der Verlöbnißbruch vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist. OLG. **2** 148 (Hamburg).

b) Ist ein Verlobter unter Geltung des gemeinen Rechtes von dem Verlöbnisse zurückgetreten, so kann der andere Theil auch nach Inkrafttreten des BGB. noch das positive Erfüllungsinteresse fordern. Denn es läßt sich nicht sagen, daß diese Forderung gegen die guten Sitten verstoße und deshalb unzulässig sei. OLG. Stuttgart, DJZ. 00 256.

§ 1299. Verschulden erfordert hier nicht Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sondern schlechthin ein Verhalten, welches mit den sittlichen Grundlagen des Verlöbnisses in Widerspruch steht (Cramer).

Der Nachweis, daß der Gegner durch sein Verhalten den Rücktritt des Anspruchsberechtigten bezweckt hat, ist nicht erforderlich; auch Fahrlässigkeit begründet die Ersatzpflicht. Vorsätzliches Handeln des schuldigen Theiles kann die Anwendung der weitergehenden Bestimmungen der §§ 823 ff. rechtfertigen (Dittenberger 164).

§ 1300. 1. § 1300 enthält einen der wenigen Fälle des Ersatzes immateriellen Schadens. Das Vorhandensein eines Verlöbnisses sowie das Vorliegen der Bescholtenheit ist Thatfrage; bezüglich beider entscheidet die Anschauung des Verkehrs und die ortsübliche Auffassung. Bescholtenheit ist nur im geschlechtlichen Sinne zu verstehen. Der Paragraph bezweckt wie § 847 Abs. 2 einen besonderen Schutz der weiblichen Geschlechtsehre und gliedert sich, vielleicht als Mißbrauch eines Vertrauensverhältnisses, an den letzten Fall jenes Paragraphen an. Steinert, Der Ersatz eines immateriellen Schadens, 51 ff.

2. Dittenberger (187 ff.) führt aus: Anspruchserzeugende Thatsache ist die schuldhafte Herbeiführung der Verlöbnißauflösung seitens des Bräutigams trotz vollzogener Beiwohnung der Brautleute. Auf die von ihm selbst herbeigeführte Defloration der Braut kann sich der Bräutigam zur Begründung seines Rücktritts nicht berufen, da in der Beiwohnung von seinen Seiten stets eine Verzeihung des in der Gestattung der Beiwohnung auf Seiten der Braut zu Tage tretenden Leichtsinns zu erblicken ist.

Eine vor dem Abschlusse des Verlöbnisses vollzogene Beiwohnung kann den Anspruch unter keinen Umständen begründen.

Die Braut muß zur Zeit der Beiwohnung in geschlechtlicher Beziehung unbescholten gewesen sein.

Gleichgültig ist es, ob die Beiwohnung eine Schwängerung der Braut herbeigeführt hat, doch kann diese Thatsache bei der Abmessung der Entschädigung in Betracht kommen, da eine Schwängerung — auch dann, wenn sie nicht zur Entbindung der Geschwängerten von einem lebensfähigen Kinde führt, z. B. im Falle der Fehlgeburt — eine größere Offenkundigkeit des der Braut in Folge ihres Fehltritts anhaftenden Makels herbeiführt.

3. Der Anspruch der geschwächten Braut ist weder ein „Anspruch aus dem außerehelichen Beischlaf" im Sinne des § 23 Abs. 3 GVG. noch ein Deflorationsanspruch, sondern ein qualifizirter Anspruch aus dem Vertragsverhältnisse. Neben ihm sind Ansprüche aus §§ 825, 847, 1708 ff. möglich. Unbescholtenheit verlangt lediglich Unversehrtheit der Geschlechtsehre. Cramer a. a. O.

4. a) Für die Klage aus § 1300 ist das Amtsgericht zuständig. Friedrichs, Prozeßpraxis 1073.

b) OLG. 5 86 (Dresden). Auf Ansprüche aus § 1300 findet § 23 Ziff. 2 GVG. keine Anwendung. Dieser Anspruch stellt sich als eine Entschädigungsforderung wegen Verlöbnißbruchs dar.

5. OLG. Frankfurt a. M., R. 02 324. Als „unbescholten" gilt eine Frauensperson ihrem Verlobten gegenüber auch dann, wenn das Eheversprechen erst nach dem Beginne des Geschlechtsverkehrs erfolgt ist, sie sich aber ihrem späteren Verlobten bei dem ersten Geschlechtsverkehr nur in der Erwartung eines Verlöbnisses

hingegeben hat. (Vgl. RG. **52** 46, abw. OLG. Karlsruhe R., **02** 434.) Der Anspruch aus § 1300 ist von der Frage der Ehelichung unabhängig. Die Klägerin hat ihn nicht dadurch verwirkt, daß sie sich verheirathet und so dem Beklagten die Möglichkeit genommen hat, sie seinerseits zu ehelichen. Sie war nach der Weigerung des Beklagten, sie zu ehelichen, nicht verpflichtet, ihm die Möglichkeit zur Verheirathung mit ihr zu belassen.

6. Der Anspruch aus § 1300 steht der Braut auch bei einem Rücktritte vom Verlöbnisse vor dem 1. Januar 1900 zu. RG. JW. **02** 12; OLG. **1** 30 (Hamburg); RG. **49** 204.

§ 1301. 1. Cramer: Bei Lösung des Verlöbnisses in beiderseitigem Einverständnisse sind Schadensersatzansprüche nur auf Grund der §§ 823 ff. statthaft. Geschenke, die ohne Rücksicht auf das Verlöbniß gegeben worden sind, sind von der Rückforderung ausgeschlossen. Briefe, die von den Verlobten gewechselt worden sind, können ebenfalls nicht zurückverlangt werden.

Gegenbeweis gegen die gesetzliche Vermuthung in Satz 2 bleibt jederzeit offen; es steht dann den Erben ein Rückforderungsrecht bzw. eine Rückgabepflicht zu.

2. Dittenberger (a. a. O. 136 ff.) bemerkt: Die Voraussetzungen des § 1301 sind andere, als diejenigen der Ansprüche aus den §§ 1298—1300, welche nur dann entstehen können, wenn das Verlöbniß durch Rücktritt eines Verlobten aufgelöst ist. Der Anspruch aus § 1301 entsteht, wenn die Eheschließung unterbleibt; er entsteht daher im Gegensatze zu den anderen Ansprüchen aus dem Verlöbniß auch dann, wenn das Verlöbniß mit Erfolg angefochten, nicht jedoch bei Nichtigkeit des Verlöbnisses, weil hier die Betheiligten nicht „Verlobte" waren, also auch nicht die Rede davon sein kann, daß „ein Verlobter dem anderen" etwas gegeben habe. Aus demselben Grunde unterliegen die vor Eingehung des Verlöbnisses gegebenen Geschenke nicht der Rückforderung, und zwar selbst dann nicht, wenn sie in Rücksicht auf das bevorstehende Verlöbniß gegeben sind.

3. David, R. **02** 359. Ein Anspruch auf Rückgabe der zwischen Verlobten gewechselten Briefe kann aus § 1301 nicht hergeleitet werden. Ein solcher Anspruch kann auch nicht als dinglicher Anspruch oder aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben werden.

4. OLG. Naumburg, Seuff. A. **57** 23. Wer durch sein Verhalten dem anderen Theile Veranlassung zum Rücktritte vom Verlöbnisse giebt, kann die Verlobungsgeschenke nicht zurückfordern.

§ 1302. Im Falle der Auflösung des Verlöbnisses durch Rücktritt eines Theiles findet die Auflösung statt in dem Zeitpunkt, in welchem der ernstliche Entschluß eines Verlobten, vom Verlöbnisse zurückzutreten, dem anderen bekannt geworden ist. Staudinger, Kommentar, Bd. IV 4.

Zweiter Titel.

Eingehung der Ehe.

Zu §§ 1303—1315 bemerkt Sartorius (Komm. z. Personenstandsgesetz 211—360), daß die dort aufgestellten Eheerfordernisse nur für Inländer gelten, daß hinsichtlich der Ausländer grundsätzlich das Recht ihres Heimathstaats, das inländische Recht nur insoweit maßgebend ist, als sich dies aus Artt. 13 Abs. 2, 27, 30 Einf.Ges. z. BGB. und aus § 1315 Abs. 2 BGB. ergiebt (278).

§ 1303. Wird die Ehe von einer Person unter dem gesetzlichen Heirathsalter geschlossen, so ist

a) die Ehe nichtig, wenn der Nupturient unter 7 Jahre alt war,
b) anfechtbar, wenn der Nupturient 7—21 alt war, und der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung zum Eheschlusse nicht gegeben hatte,
c) gültig, wenn im Falle b) der Vertreter eingewilligt hatte. Friedberg, Zeitschr. f. Kirchenr. **27** 364 Anm.

Heirathet ein Mädchen vor vollendetem 16., aber nach dem 7. Lebensjahre, so besteht lediglich ein aufschiebendes Ehehinderniß. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 62.

Die Ehemündigkeit muß vor Anordnung des Aufgebots vorhanden sein. Sartorius 311.

§ 1304. 1. Zur Eheschließung eines Minderjährigen oder Entmündigten ist die Einwilligung desjenigen erforderlich, der zur Zeit der Eheschließung gesetzlicher Vertreter ist. Sollte dieser die Einwilligung versagen, obwohl ein früherer gesetzlicher Vertreter sie ertheilt hatte, so muß der Standesbeamte das Aufgebot bzw. die Eheschließung ablehnen, solange nicht der gegenwärtige gesetzliche Vertreter seine Einwilligung gegeben hat oder diese nach §§ 1304 Abs. 2, 1308 BGB. ersetzt ist. Die Einwilligung zur Eheschließung kann bis zu erfolgtem Abschlusse der Ehe widerrufen werden. Schroeder-Mugdan, Vormundschaftsrecht, 369, 373.

2. Tritt an Stelle des gesetzlichen Vertreters, nachdem dieser seine Einwilligung ertheilt hat, ein anderer, so bedarf es einer neuen Einwilligungserklärung nicht; ebensowenig bedarf es einer neuen Einwilligung bei Wiederholung des Aufgebots oder der Eheschließung (§ 1319 Abs. 1). Sartorius a. a. O. 217, 218.

3. a) Die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen es einer Einwilligung des Vormundschaftsgerichts neben derjenigen des gesetzlichen Vertreters bedarf, sind aufgehoben. Sartorius 223.

b) § 54 II. 1 ALR. ist aufgehoben, sei es stillschweigend durch § 1304, sei es ausdrücklich durch Art. 40 Einf.Ges., welcher § 29 des Personenstandsgesetzes beseitigt hat. Brettner, R. **01** 13 u. Fleischmann ebenda 14; letzterer verwirft die gegentheilige Ansicht von Bartolomäus in DJZ. **00** 499 mit der Begründung, daß § 54 II. 1 ALR. nicht, wie Bartolomäus annimmt, öffentlichrechtlichen Karakters ist. Ebenso Harnier, DJZ. **01** 19. KG. Straff. R. **02** 66.

4. a) Abs. 2. Die Ersetzung der Einwilligung ist auch dann zulässig, wenn der Vater oder die Mutter Vormund ist. Sartorius 224.

b) Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts bei Meinungsverschiedenheit unter mehreren Mitvormündern hat nicht den Charakter einer Ersetzung der Einwilligung im Sinne des § 1304. Sartorius 221.

5. Schultheis, Vormundschaftsrichter 160, führt aus, daß die rechtskräftige Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche die Einwilligung des Vormundes ersetzt wird, der Abänderung selbst dann entzogen ist, wenn vor Abschluß der Ehe eine Veränderung der maßgebenden Umstände eingetreten ist. Der Einwilligung können an sich Bedingungen beigefügt werden, doch ist der Standesbeamte nicht verpflichtet, den Eintritt einer Bedingung zu prüfen, er kann vielmehr unbedingte Einwilligung verlangen.

§ 1305. 1. Ein in der Geschäftsfähigkeit beschränktes Kind, dessen Vater oder Mutter nicht zugleich dessen gesetzlicher Vertreter ist, bedarf der Einwilligung des Vaters oder der Mutter. Friedberg, Zeitschr. f. Kirchenr. **27** 365 Anm.

2. Sartorius (215, 226, 230 ff.) handelt über das Verhältniß der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur elterlichen Einwilligung und über die Verschiedenheit der Voraussetzungen, unter denen das Einwilligungsrecht nach

§ 1304 und nach § 1305 Abs. 2 auf die Mutter übergeht, und führt ferner aus: **Die Einwilligung** muß vor Anordnung des Aufgebots in beglaubigter Form **beigebracht** werden. Hinsichtlich der Beglaubigung sind die landesgesetzlichen **Vorschriften** maßgebend (228, 319). Für den Standesbeamten bleibt die Einwilligungserklärung so lange wirksam, bis sie ihm gegenüber widerrufen ist (228). **Wechselt nach Erklärung** der Einwilligung, aber vor der Eheschließung, die **Person** des Berechtigten, so bedarf es einer neuen Einwilligungserklärung (229).

Der unehelichen Mutter steht auch bei Kindern, die vor dem Inkrafttreten **des BGB.** durch landesherrliches Reskript legitimirt sind, ein Einwilligungsrecht **nicht** zu (227).

Abs. 2. Außer Stande zur Abgabe einer Erklärung sind die Berechtigten **auch** dann, wenn die Einholung ihrer Einwilligungserklärung objektiv unmöglich ist. Sartorius 230.

§ 1306. 1. Nach Sartorius (231, 233) ist § 1306 aus den Vorschriften des § 1305 entsprechend zu ergänzen. Seine Bestimmungen sind auch **dann** anzuwenden, wenn der Mann das uneheliche Kind der Frau an Kindesstatt angenommen hat.

2. Abs. 2. Mit Aufhebung des Adoptionsverhältnisses geht das Einwilligungsrecht beider Eltern definitiv unter; es steht auch der leiblichen Mutter des von ihrem Ehegatten angenommenen Kindes von diesem Zeitpunkt an nicht mehr zu (a. a. O. 233, 234).

§ 1307. 1. Aus § 45 Personenstandsgesetzes ergiebt sich, daß eine Vertretung des Einwilligungsberechtigten sowohl im Willen als auch in der Erklärung unzulässig ist. Sartorius 235 f.

2. Bochalli (Die Ausnahmen vom Vertretungsprinzipe, 9—11) bemerkt: Die elterliche Einwilligung zur Eheschließung des Kindes ist als ein Eigenrecht der Eltern, als ein Recht, das nur an ihre Person geknüpft ist, geregelt worden. Ein Akt der kindlichen Ehrerbietung, gehört die Einwilligung weit mehr dem sittlichen Gebiete an, als dem Gebiete des Rechtes. Dem höchstpersönlichen Charakter des Rechtes entspricht der Grundsatz des § 1307, der zu folgenden Konsequenzen führt für den Fall, daß der Elterntheil, der die Einwilligung zu geben hat, nicht voll geschäftsfähig ist:

a) Ist der Elterntheil dauernd geschäftsunfähig, so kommt seine Einwilligung, da er zur Abgabe der diesbezüglichen Erklärung dauernd außer Stande ist, gemäß § 1305 Abs. 2, gar nicht in Betracht, das Kind kann ohne elterliche Einwilligung die Ehe eingehen.

b) Ist der Elterntheil geschäftsunfähig, ohne daß die Unfähigkeit dauernden Charakter hat, so muß das Kind, wenn der Elterntheil nicht vorher wieder geschäftsfähig wird, mit der Eheschließung warten, bis es das 21. Jahr vollendet hat, also der elterlichen Einwilligung nicht mehr bedarf. Denn der geschäftsunfähige Elterntheil kann seine Einwilligung nicht ertheilen, weil seine Willenserklärung nach § 105 nichtig ist, sein gesetzlicher Vertreter aber kann sie nach § 1307 auch nicht ertheilen.

c) Ist der Elterntheil nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gilt er nach § 1307 in Bezug auf die Einwilligung zur Eheschließung des Kindes als voll geschäftsfähig.

§ 1307 bezieht sich auch auf das Einwilligungsrecht des parens adoptans, der nach § 1306 bezüglich der Einwilligung an die Stelle der leiblichen Eltern tritt.

Das Verbot, daß die elterliche Einwilligung nicht durch einen „Vertreter“ erfolgen kann, bezieht sich nur auf die Vertretung im Willen. Eine Vertretung in der Erklärung des Willens ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

Denn unter „Vertretung" versteht das Gesetz stets nur die Erklärung im Willen, nicht die Vertretung in der Erklärung desselben.

§ 1308. 1. Nach Erler, Ehescheidungsrecht 2. Auflage § 5 Anm. 1 ist § 1308 auf die für volljährig erklärten (noch nicht 21 Jahre alten) Kinder zu beziehen, nicht auf volljährige Kinder, da solche nach § 1305 verb. mit § 3 der elterlichen Einwilligung nicht bedürfen.

2. Sartorius a. a. O. 236: Das Klagerecht auf Ersetzung der elterlichen Einwilligung ist durch das BGB. beseitigt; anhängige diesbezügliche Klagen müssen mit dem Inkrafttreten des BGB. als erledigt gelten.

Ist der einwilligungsberechtigte Elterntheil zugleich gesetzlicher Vertreter, so kann die elterliche Einwilligung nur gemeinsam mit der des gesetzlichen Vertreters und daher nur dann ersetzt werden, wenn zugleich die Bedingungen für eine Ersetzung der letzteren gegeben sind (a. a. O. 237).

3. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1101. Hat ein Kind nach altem Rechte auf Ergänzung der vom Vater versagten Einwilligung zur Ehe geklagt, ist aber nach neuem Rechte diese Klage auf Ergänzung unzulässig geworden, und deshalb von beiden Theilen beantragt, die Klage in der Hauptsache für erledigt zu erklären, so trifft die Kostenlast den Kläger.

§ 1309. 1. Ist eine (erste) Ehe rechtskräftig geschieden oder für ungültig erklärt, das sie lösende Erkenntniß aber nach Schließung einer zweiten Ehe im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens beseitigt, so stellt sich dadurch die zweite Ehe als von Anfang an ungültig heraus. Planck, DJZ. **99** 38, Neumann, Handausgabe zu § 1309 Note III, Enneccerus-Lehmann II 412.

2. Die Ehehindernisse aus § 1309 Abs. 2, § 1310 Abs. 2, 3, § 1311, § 1349 BGB. brauchen nicht bei der Anmeldung des Aufgebots von Amtswegen erforscht zu werden. Der Standesbeamte hat seine Mitwirkung bei der Eheschließung zu verweigern, wenn ihm eines der Hindernisse in Folge des Aufgebots angezeigt wird. Friedrichs, Prozeßpraxis, 1076, 1078.

3. Ausnahmen von dem Eheverbote des § 1309 Abs. 1 bestehen:

a) bezüglich der Wiederholung der Eheschließung. Sie ist grundsätzlich dem freien Willen der Betheiligten anheimgestellt, vor Ablauf der Wartezeit zulässig und setzt die Beibringung neuer Einwilligungserklärungen nur dann voraus, wenn die früheren unterdessen ihre rechtliche Wirkung verloren haben (vgl. §§ 1304, 1305). Sofern die Wiederholung nicht nur als Bestätigung wirkt, kommt ihr rückwirkende Kraft nicht zu;

b) im Falle der Todeserklärung, vgl. § 1348. Sartorius 238 f.

4. Dem inländischen Scheidungs- bzw. Nichtigkeitsurtheile steht das ausländische gleich, sofern es gemäß § 328 CPO. im Inland anzuerkennen ist. Sartorius 240.

§ 1310. Sartorius 250, 252 ff.: Abs. 1. Eine nichtige, sowie eine bereits aufgelöste Ehe begründet das Schwägerschaftsverhältniß nicht.

Abs. 2. Das Eheverbot des Abs. 2 deckt sich nicht mit dem kanonischen Ehehindernisse der affinitas illegitima, sondern umfaßt auch die Geschlechtsgemeinschaft in nichtiger Ehe und die eheliche Geschlechtsgemeinschaft, sofern die Ehe nicht als solche das Schwägerschaftsverhältniß und somit das Eheverbot des Abs. 1 begründet: Verboten ist nach Abs. 2 unter der Voraussetzung, daß die Beiwohnung vollzogen war, die Ehe zwischen dem einen Ehegatten und denjenigen Abkömmlingen des anderen Ehegatten, welche erst nach Auflösung der Ehe aus einer späteren (ehelichen oder außerehelichen) Verbindung hervorgegangen sind. Die Beiwohnung in gültiger wie in nichtiger Ehe ist zu vermuthen.

Abs. 3 begrenzt das Eheverbot des Abs. 1 und setzt den Rechtssatz des § 1589 Abs. 3 im Bereiche des § 1310 Abs. 1 und 2 im vollen Umfang außer

Kraft. Verboten und nichtig ist auch die Ehe zwischen unehelichen Kindern desselben Vaters, die von verschiedenen Müttern stammen, sowie zwischen der unehelichen Tochter eines unehelichen Sohnes und dessen Vater. Sofern ein für ehelich erklärtes Kind das natürliche Kind des Vaters ist, steht auch seiner Verheirathung mit der Frau des Vaters und der Verheirathung seiner Frau mit dem Vater das trennende Ehehinderniß der Schwägerschaft entgegen. Sartorius 254 ff. — Für die Feststellung der unehelichen Verwandtschaft greifen die Rechtsvermuthungen des § 1718 nicht Platz. A. a. O. 256.

Aus Abs. 3 ergiebt sich nicht die Unzulässigkeit der Eheschließung zwischen zwei von verschiedenen Müttern geborenen unehelichen Kindern desselben Vaters, mögen sie auch von diesem anerkannt sein. Bingner, SächsA. **6** 8. Die Nichtigkeit einer solchen Ehe folgt aus § 173 StGB. in Verbindung mit § 134 BGB. Mantey, Recht des unehel. Kindes 11 Anm. 1. Das Ehehinderniß des Abs. 3 ist nur ein aufschiebendes. Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. 33. Dagegen Mantey a. a. O. Neumann, Gruchots Beitr. **41** 455.

§ 1311. Abkömmlinge eines Mannes sind nur die ehelichen Kinder und deren Kinder, sowie die den ehelichen Kindern rechtlich gleichgestellten Kinder, soweit die rechtliche Gleichstellung reicht. Für die Abkömmlinge in diesem Sinne besteht das Eheverbot ohne Unterschied, ob die Wirkung der Annahme an Kindesstatt sich auf sie erstreckt. Sartorius 258.

§ 1312. Ehebruch ist auch der Bruch einer nichtigen Ehe vor ihrer Auflösung oder Nichtigkeitserklärung. Sartorius 259.

Das Ehehinderniß ist nicht vorhanden, wenn der Ehebruch zwar behauptet und erwiesen, jedoch lediglich zur Begründung der Schuldigerklärung vorgebracht und unter Beweis gestellt worden ist. Erler, Ehescheidungsrecht 38.

OLG. **2** 147 (KG.). Es genügt, wenn nur die Gründe des Ehescheidungsurtheils den fraglichen Ehebruch als Grund der Scheidung feststellen.

RG. JW. **01** 806 betont, daß die Ehe zwischen der wegen Ehebruchs geschiedenen Person und demjenigen, mit welchem sie den Ehebruch getrieben hat, schlechthin verboten ist, ohne daß die subjektive Schuld des letzteren in Frage kommt.

OLG. **4** 402 (KG.), KGJ. **24** A 40: Ist eine Scheidung nach § 673 II. 1 ALR. wegen dringenden Verdachts des Ehebruchs erfolgt, so ist die Ehe mit dem des Ehebruchs Verdächtigen ausgeschlossen. Abweichend für das gem. R. OLG. Stuttgart, Seuff. A 53 426.

§ 1313. Das Ehehinderniß des § 1313 besteht nur als Hinderniß der Wiederverehelichung. Es steht auch der Wiederverheirathung der zurückgebliebenen Ehefrau im Falle der Todeserklärung entgegen. Einer Wiederholung der Eheschließung steht das Ehehinderniß der Wartezeit nur dann entgegen, wenn vorher eine Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe erfolgt war. Sartorius 263.

§ 1314. Zu den ehelichen Kindern im Sinne des § 1314 gehören auch für ehelich erklärte sowie adoptirte Kinder; das Ehehinderniß dieses Paragraphen besteht also nicht nur als solches der Wiederverheirathung.

Es steht auch der Wiederverheirathung der leiblichen Eltern eines angenommenen Kindes entgegen.

Ob dem betreffenden Elterntheile wirklich die Verpflichtungen aus § 1669 obliegen, ist bedeutungslos.

Der Standesbeamte hat nur zu prüfen, ob das vormundschaftsgerichtliche Zeugniß vom zuständigen Gericht und mit dem vorgeschriebenen Inhalt ausgestellt ist. Sartorius 268 ff.

KG. CBlFrG. **1** 293. Zuständig für die Ertheilung des Zeugnisses ist das Gericht, bei welchem eine Beistandschaft über die Kinder geführt wird.

Nicht nur im Falle des Todes eines Ehegatten, sondern auch im Falle der Ehescheidung hat der wiederheirathende Ehegatte ein Zeugniß nach § 1314 beizubringen. CBlFrG. **1** 666.

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts bestimmt sich gemäß § 43 Abs. 1 FGG. nach § 36 daselbst. LG. Bromberg, PosMschr. **01** 43. Vgl. **OLG.** München, R. **02** 209.

Ueber die Berechnung der Gerichtskosten für die Ausstellung eines Auseinandersetzungszeugnisses in Preußen vgl. KGJ. **21** A 24.

§ 1315. § 1315 erhebt — nach Sartorius 270 — den Mangel des landesgesetzlich erforderlichen Ehekonsenses zum reichsrechtlichen Ehehindernis für den Umfang des ganzen Reichsgebiets. Sartorius giebt 272 ff., 282, 293 eine Darstellung der landesgesetzlichen Vorschriften und bemerkt zu Abs. 2: Durch Vorlegung des in den Landesgesetzen für Ausländer erforderten Zeugnisses wird der Standesbeamte der selbständigen verantwortlichen Prüfung der in dem Zeugnisse bezeugten Thatsachen überhoben.

OLG. **5** 413 (KG.) Art. 43 § 1 des preuß. AG. z. BGB. kommt auch dann zur Anwendung, wenn das ausländische Recht nach Art. 27 EG. z. BGB. auf das inländische Recht verweist. Es handelt sich immer um die Eheschließung eines Ausländers.

Zu §§ 1316—1322 führt Sartorius (300 ff.) aus, daß die Vorschriften über die Form der Eheschließung einschließlich derjenigen über das Aufgebot, auf alle Eheschließungen innerhalb des Reichsgebiets anzuwenden sind, vorbehaltlich jedoch derjenigen Ausnahmen, die sich für Ausländer aus dem Prinzipe der Exterritorialität, aus Staatsverträgen und aus § 75 Personenstandsges. ergeben.

§ 1316. Abs. 1. Das Aufgebot wird nur durch Fristablauf, nicht auch durch Zurückziehung des Antrags auf Eheschließung oder durch nachträglichen Wegfall der Zuständigkeit des aufbietenden Standesbeamten, unwirksam. Die Frist beginnt im Falle des Aushanges des Aufgebots mit Ablauf der Aushangsfrist, im Falle der Bekanntmachung des Aufgebots durch Einrücken in eine Zeitung mit Ablauf von 2 Wochen nach dem Tage der Ausgabe der betreffenden Zeitungsnummer. Dem Aufgebote steht die Bescheinigung einer ausländischen Behörde (§ 47 Abs. 2 Personenstandsges.) rechtlich gleich; die Frist beginnt in diesem Falle mit dem Zeitpunkte der Ausstellung zu laufen.

Abs. 2. Der Vollzug der Eheschließung ohne Aufgebot steht nur dem nach § 1320 zuständigen, nicht auch dem nach § 1321 ermächtigten Standesbeamten zu. Ein Rechtsanspruch auf Nachlaß des Aufgebots im Falle des Abs. 2 besteht nicht.

Abs. 3. Wie das Aufgebot selbst verliert auch die (vollständige oder theilweise) Befreiung vom Aufgebote die rechtliche Wirkung durch Ablauf von 6 Monaten. Sartorius 305 ff., 307, 309, 335.

§ 1317. 1. Abs. 1. Entgegennahme im Sinne des § 1317 ist die im Bewußtsein ihres Inhalts gewollte und vollzogene Wahrnehmung der Erklärung der Verlobten. Sartorius 338. Ueber das Verhältniß der Eheschließungsform des BGB. zu der des kirchlichen Rechtes und des Personenstandsgesetzes s. ebenda 302 ff., 336, 348. In Bezug auf die Mitglieder landesherrlicher und standesherrlicher Familien s. zu Artt. 57, 58 EG. z. BGB.

2. Ueber die Bedeutung der obligatorischen Civilehe im Gegensatze zur fakultativen und Nothcivilehe für Staat und Kirche handelt Schoen in der Göttinger Festschrift für Regelsberger 218, 219 und weist auch auf die Abweichungen des § 1317 vom § 52 Personenstandsges. hin (220).

3. Dronke, Buschs Z. **30** 58 hebt hervor, daß durch Prozeßvergleich eine Ehe nicht geschlossen werden kann; er begründet das nicht wie das **RG. 48** 191, JW. **01** Beil. 120 damit, daß ausschließlich der Standesbeamte zur Beurkundung der Eheerklärungen zuständig sei, sondern damit, daß nur Beurkundungen durch einen Prozeßvergleich ersetzt werden können, daß die Eheschließung aber überhaupt nicht durch Beurkundung erfolgt.

4. Friedrichs, DJZ. **01** 115 weist (unter Widerspruch von Middendorf ebenda 255) darauf hin, daß die Verbindung bürgerlicher und kirchlich-katholischer Eheschließung dadurch bewirkt werden könne, daß der Pfarrer mit den Nupturienten vor dem Standesbeamten als Trauzeuge erscheine.

§ 1318. 1. Abs. 1 Durch die Vollziehung der Eheschließung in einer anderen als der im § 1318 vorgesehenen Form macht sich der Standesbeamte nach § 69 des Personenstandsgesetzes strafbar. Der Ausspruch des Standesbeamten hat nicht mehr wie nach dem Personenstandsgesetze den Charakter einer rechtsbegründenden Verfügung, sondern ist lediglich Feststellung einer bereits rechtswirksam vollzogenen Thatsache. Einer ausdrücklichen Bezugnahme auf das BGB. bedarf es in dem Ausspruche nicht. Sartorius 340, 341. Ueber Ort und Zeit der Eheschließung s. ebenda 342 f.

2. Abs. 3. Die Wirkungen, die das BGB. mit der Eintragung in das Heirathsregister verbindet, kommen nur der gültigen, d. h. derjenigen Eintragung zu, die von dem ordnungsmäßig bestellten Standesbeamten innerhalb seines Amtsbezirkes in dem zur Beurkundung der betreffenden Eheschließung bestimmten Register vorgenommen ist. Sartorius 344, 348 (s. auch zu § 1319). Ueber Form und Inhalt der Eintragung s. ebenda 360 ff.

§ 1319. 1. Die Anwendung dieser Ausnahmevorschrift wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübende Nichtstandesbeamte sich selbst im Irrthum über seine amtliche Befugniß befindet oder bewußt auf Täuschung der Verlobten ausgeht. Kenntniß eines der beiden Verlobten von dem Mangel der amtlichen Befugniß genügt nicht, das Zustandekommen der Ehe zu hindern. Erler, Ehescheidungsrecht 17.

2. Standesbeamter i. S. des § 1319 ist nicht, wer entweder überhaupt nicht oder in dem betreffenden Bezirke nicht zum Standesbeamten bestellt ist. Die Gleichstellung des Nichtstandesbeamten mit dem Standesbeamten bezieht sich ausschließlich auf den Eheschließungsakt, nicht auf die Eintragung im Heirathsregister. Eine vom Nichtstandesbeamten eingetragene Ehe steht einer nicht eingetragenen gleich. Sartorius 346 ff.

§ 1320. 1. Abs. 2. Entscheidend ist der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkte der Eheschließung, nicht des Aufgebots.

2. Abs. 3. Im Falle der mehrfachen Staatsangehörigkeit des oder der Verlobten oder der Zugehörigkeit der Verlobten zu verschiedenen Staaten ist jeder der betreffenden Bundesstaaten zur Bestimmung des zuständigen Standesbeamten berufen. Unter den etwa bestimmten mehreren Standesbeamten haben die Verlobten nach Abs. 3 die Wahl. Sartorius 351 ff.

§ 1321. Die Ermächtigung darf nur von dem nach § 1320 zuständigen Standesbeamten und nur nach erfolgter Prüfung der Eheerfordernisse ertheilt werden. Sie bewirkt, daß die Verlobten auch vor dem ermächtigten Standesbeamten die Ehe schließen können, nicht, daß sie nur vor diesem die Ehe schließen dürfen. Sartorius 331 ff.

§ 1322. Gehört die Frau bzw. der geschiedene Ehegatte mehreren Staaten an, so ist jeder dieser zur Befreiung zuständig; der Antragsteller kann, von einem Staate abgewiesen, den Antrag bei dem anderen Staate erneuern. Die Befreiung vom Aufgebot ist nur innerhalb des Gebiets des befreienden

Bundesstaats rechtswirksam. Sartorius 358, 359, der auch eine Uebersicht über die auf Grund des Abs. 3 erlassenen landesrechtlichen Vorschriften giebt.

Dritter Titel.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1324. 1. Die Willensfähigkeit der als solche mit einander lebenden Ehegatten ist unter entsprechender Anwendung der für die personenrechtlichen Rechtsgeschäfte der Ehegatten geltenden Vorschriften zu beurtheilen. Neumann, Festgabe für Wilke 216.

2. In den vorgeschriebenen Zeitraum sind auch diejenigen Zeiten einzurechnen, während deren die Ehegatten vorübergehend getrennt gelebt haben, selbst wenn die Ursache ihrer Trennung auf den Thatbestand eines Scheidungs-, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes zurückzuführen wäre. Nur im Falle des Getrenntlebens wegen formell nichtiger Ehe sowie im Falle der Doppelehe ist die Einrechnung der Trennungszeiten unzulässig. Erler, Ehescheidungsrecht 19, 20.

3. Der Wiederholung der Eheschließung bei Formnichtigkeit der früher abgeschlossenen, in das Heirathsregister eingetragenen Ehe legt Neumann, Handausgabe, § 1324 II 2, entgegen den Prot. Wirkung ex tunc bei.

4. Als eingetragen im Sinne des § 1324 ist nur die gültig eingetragene Ehe anzusehen. Vgl. zu §§ 1318, 1319. Sartorius 344 f.

§ 1325. Die Ehe eines nicht entmündigten Geisteskranken ist, wenn sie in einem lichten Zwischenraume geschlossen ist, nicht nichtig. Erler, Ehescheidungsrecht 24.

Abgesehen von den sich aus § 1325 ergebenden Modifikationen gelten die allgemeinen Vorschriften über die Bestätigung (§ 141), wonach die Bestätigung der Ehe als neue Eheschließung anzusehen ist. Daraus folgt, daß die die Bestätigung betreffenden Willensmängel nicht nach §§ 116 ff., sondern nach §§ 1332 ff. zu beurtheilen sind, und daß die Bestätigung nichtig ist, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Bestätigung mit einem Dritten in gültiger Ehe lebt. Neumann, Handausgabe Note II. 3. Planck, DJZ. 99 38. Enneccerus-Lehmann II 410.

§ 1326. Erler a. a O. 29, § 6 Anm. 10. Eine Ehe, die nichtig oder anfechtbar ist, bildet, solange sie nicht für nichtig erklärt ist, ein Ehehinderniß, aber nur ein aufschiebendes Ehehinderniß. Die neue Ehe wird zwar aufrechterhalten, wenn die frühere Ehe keine gültige ist; die nach Schließung der neuen Ehe erwirkte Nichtigkeitserklärung der früheren Ehe befreit aber nicht von der Bestrafung wegen Doppelehe aus § 171 StGB. in Verbindung mit Art. 34 V. EinfG. z. BGB.

§ 1327. Die Verwandtschaft und Schwägerschaft ist auch dann trennendes Ehehinderniß, wenn sie durch uneheliche Abstammung vermittelt wird. Sartorius 254 f.

§ 1329. 1. Aus Satz 1 folgt, daß die Ehe so lange als gültig zu behandeln ist, bis sie „für nichtig erklärt" ist, und daß eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der nach §§ 1325—1328 nichtigen Ehe nicht möglich ist. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 464, 472 und Subj. Grenzen der Rechtskraft, 66, 68.

2. Nach Sartorius 239 gilt die Vorschrift des § 1329 auch für nichtige Ehen, welche vor dem Inkrafttreten des BGB. eingegangen sind. (S. auch zu Art. 198 EinfGes). „Eingetragen" im Sinne des § 1329 ist nur die gültig eingetragene Ehe — vgl. zu §§ 1318, 1319.

§ 1331. Erler, Ehescheidungsrecht 40 f. Für die Fragen, ob ein Eheschließender in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wer gesetzlicher Vertreter ist und ob dessen Einwilligung vorliegt, ist — die Anfechtbarkeit anlangend — lediglich der Zeitpunkt der Eheschließung entscheidend. Stirbt z. B. der Vater, nachdem er seine Einwilligung zur Eheschließung seiner minderjährigen Tochter ertheilt hat, vor der Eheschließung und steht zur Zeit der Eheschließung der Mutter die gesetzliche Vertretung der Tochter zu, so ist die Einwilligung der Mutter erforderlich. So ist auch, wenn ein Wechsel in der Person des Vormundes eintritt, die Einwilligung desjenigen Vormundes nothwendig, welcher zur Zeit der Eheschließung das Amt des Vormundes bekleidet. Der Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten setzt der Befugniß, die anfechtbare Ehe mit der im § 1337 Abs. 1 ausgesprochenen Wirkung zu genehmigen, bzw. zu bestätigen, ein Ende.

§ 1332. 1. Sartorius 338 f. Zweifel an der Ernstlichkeit des Eheschließungswillens berechtigen den Standesbeamten nicht, die Eheschließung abzulehnen. Hat er dagegen Grund zum Zweifel, ob einer der Verlobten sich der Bedeutung des Vorganges überhaupt oder der Bedeutung der Erklärungen, die abzugeben er im Begriff ist, bewußt sei, so hat er bis zur Aufklärung die Eheschließung auszusetzen.

2. Die in den §§ 116 bis 118 ausgesprochenen Grundsätze über die Nichtigkeit der Willenserklärungen im Falle des Geheimvorbehalts, Scheines und Scherzes finden auf die Eheschließung keine Anwendung. Das Gesetz verlangt die Beobachtung gewisser Formvorschriften und geht davon aus, daß, wenn diese Vorschriften beobachtet sind, der Eheschließungswille fehlerlos vorhanden sei. Ein Gegenbeweis ist nur im Rahmen des § 1332 zulässig. Erler, Ehescheidungsrecht 45.

Zu §§ 1333—1335 bemerkt Sartorius (329), daß der Standesbeamte nicht berechtigt sei, in eine Prüfung der Motive der Eheschließung unter dem Gesichtspunkte der genannten Vorschriften einzutreten.

§ 1333. 1. a) Hölder, Jherings J. **42** 1 ff. Der vom Gesetz als Anfechtungsgrund bezeichnete Irrthum in der Person des anderen Ehegatten bedeutet die Verschiedenheit des Ehegatten vom Verlobten, mithin einen Fall des Versehens bei der Ausführung des gefaßten Entschlusses. „Persönliche Eigenschaften" des anderen Ehegatten sind solche, die von Bedeutung für seine Persönlichkeit sind, z. B. Konfession, Nationalität; Eigenschaften und Verhältnisse sind nicht zu unterscheiden. Siehe aber unter 2.

b) **RG. 52** 310. Persönliche Eigenschaften sind solche Eigenschaften, die einer Person, und zwar nicht bloß als ein außer ihr Liegendes, mehr oder weniger Vorübergehendes und Zufälliges, sondern dergestalt wesentlich zukommen, daß sie als Ausfluß und Bethätigung ihres eigentlichen Wesens, als ein integrirender Bestandtheil ihrer Individualität erscheinen. In einem solchen Sinne kann auch die sittliche Bescholtenheit, der schlimme Leumund, den eine Person sich erworben hat, eine persönliche Eigenschaft darstellen. Diese Bescholtenheit und dieser Leumund sind in ihrer Dauer unabhängig von der Dauer des Handelns, das sie veranlaßt hat.

2. Erler, Ehescheidungsrecht 46—48 f. Der Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit der Ehe ist in den §§ 1332 und 1333 BGB. erschöpfend geregelt. Daneben kann ein Irrthum irgend welcher Art weder als Anfechtungsgrund noch als Nichtigkeitsgrund in Betracht kommen, da die Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe des Gesetzes ausschließliche sind. Die Person des Ehegatten ist im Sinne des § 1333 nicht gleichbedeutend mit seiner äußeren Erscheinung. Im gesellschaftlichen Verkehre der Menschen wird das Einzelwesen nicht nur nach

einer körperlichen Gestalt, sondern auch nach Namen, Stand oder Herkunft von anderen unterschieden, und diese Dinge machen es zu einer bestimmten Person. **Persönliche Eigenschaften** sind von **persönlichen Verhältnissen** zu unterscheiden. Während jene dem inneren oder äußeren Wesen der Person ein eigenartiges Gepräge geben, haften diese der Person an, ohne ihr Wesen zu berühren. S. auch o. Ziffer 1.

Die Anfechtung wegen Irrthums in persönlichen Eigenschaften ist schon dann ausgeschlossen, wenn nach der **vor** der Eheschließung herrschenden Lage des irrenden Ehegatten, seiner **damaligen** Denk- und Empfindungsweise anzunehmen ist, daß die Kenntniß der betreffenden Eigenschaft ihn nicht von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde. Die Worte „**und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe**" bezwecken die **Einengung**, nicht die **Erweiterung** des Anfechtungsrechts.

3. a) **Schultze**, R. **01** 502. Für den Fall, daß ein gerichtliches Sachverständigengutachten einzuholen ist, sind folgende Fragen von Bedeutung:

α. Ist das Moment, womit der Anfechtungsberechtigte seine Anfechtung stützt, als eine persönliche Eigenschaft im Sinne des Gesetzes, als eine bestimmte psychische Beschaffenheit aufzufassen?

β. Wenn ja, besitzt der andere Ehegatte diese Eigenschaft oder war sie zum mindesten zur Zeit der Eheschließung bei ihm vorhanden?

γ. Wenn ja, ist diese Eigenschaft derartig, daß eine mit Rücksicht auf diese begründete Aufhebung des Verlöbnisses als eine verständige Würdigung des Wesens der Ehe, vor allem der aus der Eheschließung resultirenden sittlichen Pflichten und Rechte aufgefaßt werden kann, und läßt sich diese Anschauung vom wissenschaftlichen und ärztlichen Standpunkt aus rechtfertigen?

δ. Wäre eine gleiche Stellungnahme von dem Anfechtenden zu erwarten gewesen, wenn er rechtzeitig von der fraglichen Eigenschaft Kenntniß erhalten hätte?

b) Im Falle der Anfechtung einer Ehe wegen Irrthums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten ist niemals zu prüfen, ob nicht der Anfechtende auch bei Kenntniß dieser Eigenschaften die Ehe geschlossen haben würde. Es kommt lediglich darauf an, ob er sie bei Kenntniß der Eigenschaften verständiger Weise hätte schließen **dürfen**. **Muskat**, Gruchots Beitr. **42** 782.

4. a) Gegen **Heller**, Klin. Wschr. **01** Nr. 46 führt **Heymann**, DIZ. **02** 110 aus: Syphilis des einen Ehegatten gehört zu den die Anfechtung begründenden persönlichen Eigenschaften.

Heller, DIZ. **02** 246. Frühere Syphilis kann bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe keinen Grund zur Nichteingehung der Ehe, also auch keinen Anfechtungsgrund abgeben.

b) **RG. 52** 306 f., JW. **02** Beil. 278. Die Päderastie des Mannes, selbst wenn sie vor der Zeit des Eheabschlusses liegt, ist eine solche persönliche Eigenschaft, welche die Frau zur Anfechtung der Ehe berechtigt.

c) **RG.** JW. **02** Beil. 242. Wegen einer vor der Eingehung der Ehe verübten strafbaren Handlung, wegen welcher eine Bestrafung während der Ehe eintritt, kann die Ehe nicht nach § 1568 geschieden, sondern nach § 1333 angefochten werden.

d) **RG.** JW. **02** Beil. 215. Ein vorehelicher Ehebruch eines Ehegatten kann nicht als Scheidungsgrund nach § 1565 BGB. angesehen werden, sondern könnte nur die Anfechtung der Ehe seitens des anderen Ehegatten wegen Irrthums gemäß § 1333 begründen. Vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 835 ff.

e) Irrthum über die Jungfräulichkeit der Ehefrau vor der Ehe gehört zu den Fällen des Irrthums über persönliche Eigenschaften des anderen Theiles

und ist an sich geeignet, die Anfechtung der Ehe zu begründen. **RG. 48** 159; JW. **01** Beil. 114. Nach OLG. Braunschweig, Seuff. A. **55** 291 ist ein Anfechtungsgrund selbst dann gegeben, wenn die ländliche Bevölkerung, zu der die Parteien zählen, in geschlechtlichen Dingen auch freieren Anschauungen huldigen mag.

f) **RG.** JW. **02** Beil. 285. Ist der Ehemann der Vater eines vor der Ehe erzeugten unehelichen Kindes und zu dessen Unterhaltung verpflichtet, so liegt hierin kein Anfechtungsgrund aus § 1333, weil, wenn etwa auch der voreheliche Geschlechtsverkehr des Mannes als sittlicher Makel betrachtet werden müßte, er doch ebensowenig, wie das Vorhandensein des unehelichen Kindes, bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Beklagte davon abgehalten haben würde, die Ehe einzugehen.

Wenn der Mann der Frau seine Schulden verschweigt, so begründet dies ebenfalls nicht die Anfechtung der Ehe. Dies folgt aus richtiger Auslegung des § 1334 Abs. 2.

Mehrfache Verlobung des Ehemanns ist keine persönliche Eigenschaft.

g) OLG. **5** 394 (Jena). Morphiumsucht ist eine die Anfechtung begründende persönliche Eigenschaft.

§ 1334. 1. Ein „Umstand" im Sinne dieses Paraprapher kann auch die Verweigerung der kirchlichen Trauung sein. Sartorius 460.

LG. Magdeburg Naumbg. Anwaltsztg. **01** 33. Die Anfechtung aus § 1334 ist zugelassen, wenn der Ehemann sich für ledig ausgegeben hat, obwohl er bereits verheirathet gewesen, aber (wegen Ehebruchs 2c.) geschieden war.

2. Erler, Ehescheidungsrecht 50, 51. Wie bei dem Irrthum über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten (§ 1333) ist auch hier die Anfechtung schon dann ausgeschlossen, wenn nach der vor der Eheschließung herrschenden Lage des getäuschten Ehegatten, seiner damaligen Denk- und Empfindungsweise anzunehmen ist, daß die Kenntniß der betreffenden Umstände ihn nicht von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde. Die Worte „und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe" bezwecken die Einengung, nicht die Erweiterung des Anfechtungsrechts. Arglistig handelt derjenige, der über gewisse Dinge, von denen er weiß oder nach den Umständen annehmen muß, daß sie den anderen Theil bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abhalten würden, in der Absicht täuscht, den Anderen dadurch zur Eingehung der Ehe zu bestimmen. Die Eingehung der Ehe muß in ursächlichem Zusammenhang mit der Täuschung stehen.

3. Ueber die für das Sachverständigengutachten in Betracht kommenden Fragen vgl. Schultze, R. **01** 502 (entsprechend den zu § 1333 Ziff. 3a aufgestellten Fragen).

§ 1335. Erler a. a. O. 52. Die Eingehung der Ehe muß in ursächlichem Zusammenhange mit der Drohung stehen. Das Verlöbniß giebt kein Recht, die Eingehung der Ehe durch Drohung zu erzwingen.

§ 1336. 1. Bochalli, Ausnahmen vom Vertretungsprinzip 12, 14, 15, 17, 19, 37, 38:

Die Anfechtung der Ehe ist einerseits ein materiell-rechtlicher Akt, insofern die Anfechtung nämlich ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, andererseits ist sie auch ein prozessualer Akt, indem sie durch die Erhebung der Anfechtungsklage, einer Feststellungsklage, realisirt wird. Demgemäß hat auch der Grundsatz des § 1336 theils materiell-rechtliche, theils prozessuale Bedeutung (12). Hervorzuheben ist Folgendes:

Der Nachweis, daß die Anfechtung dem „muthmaßlichen Willen" des Vertretenen entsprechen muß, kann im Gegensatze zu der in den Protokollen IV 85 ff.

vertretenen Auffassung vom gesetzlichen Vertreter nicht gefordert werden. Eine derartige Beschränkung des gesetzlichen Vertreters in seiner Vertretungsmacht kann nur aus einer positiven Gesetzesvorschrift hergeleitet werden. Da eine solche nicht besteht, so ist der gesetzliche Vertreter auch bezüglich der Anfechtung der Ehe in seiner Vertretungsmacht nicht beschränkt. Indessen ist durch das Erforderniß der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für die Anfechtung (§ 1336 Abs. 2) ein Gegengewicht gegen die an sich unbeschränkte Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters gegeben; der Richter wird sich ex officio die Ueberzeugung verschaffen müssen, daß die Anfechtung dem muthmaßlichen Willen des Mündels entspricht (14, 15).

Die Konsequenzen der Bestimmungen des § 1336 zieht für das Prozeßrecht § 612 CPO. (17).

Der Prozeßbevollmächtigte des klagenden Ehegatten bedarf einer besonderen, auf den Rechtsstreit gerichteten Vollmacht (§ 613 CPO.); mit Rücksicht auf diese Beschränkung kann er nur als „Stellvertreter in der Erklärung" bezeichnet werden. Der Ausschluß der Stellvertretung beruht auf der Form des Rechtsgeschäfts bei der Eheschließung, Testamentserrichtung und beim Erbvertrage (37).

Die Mitglieder der landesherrlichen Familien können nach Maßgabe der Hausverfassungen durch „Bevollmächtigte" eine Ehe eingehen (Einf.Ges. Art. 57, Pers.Ges. § 72, 2). Indessen handelt es sich dann nur um eine „Stellvertretung in der Erklärung"; der Bevollmächtigte übermittelt nur den Willen seines Auftraggebers. Im Uebrigen läßt § 1317 Abs. 1 auch für diese Art der Stellvertretung keinen Raum (38).

2. Erler, Ehescheidungsrecht 55. Der gesetzliche Vertreter eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten kann dadurch, daß er die Anfechtungsfrist unbenutzt verstreichen läßt oder die Ehe genehmigt, diese zu einer unanfechtbaren machen. Dann ist das Anfechtungsrecht für den Ehegatten auch für die Zeit nach erlangter Geschäftsfähigkeit ausgeschlossen. Ist dagegen die Anfechtungsfrist zur Zeit des Eintritts der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit noch nicht abgelaufen und hat der gesetzliche Vertreter die Ehe nicht genehmigt, so kann der nunmehr geschäftsfähige Ehegatte die Ehe noch innerhalb des Restes der Frist anfechten.

3. Schultheis, Vormundschaftsrichter 163. Nach allgemeinen Grundsätzen ist für den Vormundschaftsrichter nur die Rücksicht auf den geschäftsunfähigen Ehegatten, nicht auch auf den anderen Ehegatten, entscheidend.

§ 1337. 1. Bochalli a. a. O. 20. Nach § 1337 Abs. 3 finden die Vorschriften des § 1336 Abs. 1 auf die Bestätigung der Ehe Anwendung. Da die Vorschrift des § 1336 Abs. 2 nicht für anwendbar erklärt ist, so ist die Bestätigung der Ehe während der Geschäftsunfähigkeit des anfechtungsberechtigten Ehegatten ausgeschlossen. Wird er unbeschränkt geschäftsfähig, so erwirbt er das Bestätigungsrecht. Dasselbe verliert er auch nicht dadurch, daß er später wieder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird. Die Entscheidung der Frage, ob er in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zur Bestätigung bedarf, ist der Jurisprudenz überlassen (Motive IV 93). Sie beantwortet sich aus dem Gesetze selbst: Nach § 1337 Abs. 3 gelten die Vorschriften des § 1336 Abs. 1 auch für die Bestätigung der Ehe. § 1336 Abs. 1 Satz 2 lautet: „Ist der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters" (nämlich zur Anfechtung der Ehe). Darauf, daß er früher geschäftsunfähig war, kommt es nicht an. Der geschäftsbeschränkte Ehegatte bedarf also auch in diesem Falle nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zur Ausübung des Bestätigungsrechts.

2. Schultheis 161. Die die Genehmigung ersetzende Verfügung kann noch im Laufe des mit der Anfechtungsklage beginnenden Rechtsstreits erlassen werden, sie muß aber vor der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe Wirksamkeit erlangt haben.

3. RG. Seuff. A. 55 161. Bedingte Verzeihung eines Anfechtungsgrundes — es handelte sich darum, ob die Ehefrau bei Eingehung der Ehe von einem Anderen schwanger sei — schließt die Anfechtung aus.

§ 1338. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft schließt das Anfechtungsrecht nicht aus. Erler, Ehescheidungsrecht § 13 Anm. 16.

§ 1339. 1. Der anfechtungsberechtigte Ehegatte muß unbeschränkt geschäftsfähig geworden sein, bevor das Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters erloschen ist. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 01 330.

2. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 163 Note 2. Versäumung der Frist schließt das Anfechtungsrecht, nicht das Klagrecht aus.

3. OLG. 5 394 (Jena). Die Anfechtungsfrist wird durch die Erhebung der Ehescheidungsklage gewahrt. Die Klägerin, welche in erster Instanz mit der Scheidungsklage abgewiesen wurde, konnte daher in zweiter Instanz den prinzipalen Antrag stellen, die Ehe wegen Irrthums für nichtig zu erklären. Zwar besteht für die Anfechtungsklage eine dem § 1572 entsprechende Vorschrift nicht. Allein man muß § 1572 nicht als eine positive Regelung, sondern nur als einen aus einem höheren Prinzipe gefolgerten Rechtssatz ansehen, der auch dann gelten würde, wenn er nicht ausdrücklich ausgesprochen wäre. Daher darf man aus ihm nicht folgern, daß für die Anfechtungsklage, wo diese Konsequenz nicht ausdrücklich gezogen ist, etwas Anderes gelte.

4. OLG. Rostock, Meckl.Z. 20 260. Ist die Ehefrau bereits vor Eingehung der Ehe von einem Dritten geschwängert, so beginnt die für die Anfechtung maßgebende Präklusivfrist des § 1339 erst mit der Erlangung einer sicheren Kenntniß, nicht schon dann, wenn der Mann Argwohn faßt.

§ 1340. OLG. Karlsruhe, Bad. Rpr. 01 330. Die Bestimmung kommt für den nur beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten nicht in Betracht.

§ 1341. 1. Hellwig, Grenzen der Rechtskraft 64, 68. Die Anfechtungsklage ist keine Feststellungsklage; Gegenstand der letzteren ist das Eheverhältniß, Gegenstand der Anfechtungsklage ist der behauptete Anfechtungsgrund. Das im Falle des § 1341 ergehende Urtheil ist konstitutiv. S. auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht 464, 470 ff.

2. Ob in der Zurücknahme der Anfechtungsklage ein Verzicht auf nochmalige Geltendmachung desselben Anfechtungsgrundes zu finden ist, ist Thatfrage. Erler, Ehescheidungsrecht 59.

§ 1342. Nach Abgabe der Anfechtungserklärung ist weder Genehmigung noch Bestätigung der Ehe zulässig, ebensowenig die Zurücknahme der Anfechtungserklärung mit der Wirkung, daß die Anfechtung als nicht erfolgt gilt. Erler, a. a. O. 60.

§ 1343. 1. Daß die mittels Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht angefochtene Ehe in Wirklichkeit anfechtbar ist, bedarf im Bestreitungsfalle des Beweises. Erler, Ehescheidungsrecht 62.

2. Ist eine Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen, so ist nicht wie sonst beim Rechtsgeschäfte der status quo ante vorhanden, sondern es liegt eine „nichtige Ehe" im technischen Sinne vor; Kinder aus einer solchen werden nach §§ 1699 ff. behandelt. Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit 57, vgl. 46, 51, 72 ff.

§ 1344. 1. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 466 § 1344 enthält keine Beschränkung der im § 629 CPO. statuirten Wirkung des Ehenichtigkeits-Urtheils und seiner rückwirkenden Rechtskraft. Der Dritte kann

die rechtskräftig festgestellte Nichtigkeit nicht bestreiten, braucht es auch nicht zu thun, da ihm gegenüber die materiell-rechtlichen Folgen der Nichtigkeit suspendirt sind.

2. Hellwig, Grenzen der Rechtskraft, 454, 457: Kenntniß der Nichtigkeit ist Kenntniß der Anfechtbarkeit der Ehe oder, wenn die Ehe aufgelöst ist, die Kenntniß, daß die Ehe anfechtbar sein würde, wenn sie noch bestände. — Das Urtheil macht nicht Vollstreckbarkeit gegen den anderen Ehegatten.

Vierter Titel.

Wiederverheirathung im Falle der Todeserklärung.

§ 1348. 1. a) Lehmann, Todeserklärung Verschollener, Hirths Ann. 34: Die Todeserklärung allein löst die Ehe nicht auf; beim Wiedererscheinen des Todterklärten ist keine neue Eheschließung erforderlich. Da die Wiederverheirathung des zurückgebliebenen Ehegatten nach § 1309 nichtig sein würde, erklärt § 1348 die alte Ehe mit Eingehung einer neuen für aufgelöst. Die Auflösung der früheren Ehe ist endgültig, diese Ehe bleibt aufgelöst, auch wenn später die Todeserklärung aufgehoben wird. Die neue Ehe ist nichtig, wenn beide Ehegatten wissen, daß der Todterklärte lebt. Die Anfechtung der Todeserklärung ist ein aufschiebendes Ehehinderniß.

b) Dernburg, Wiederverheirathung im Falle der Todeserklärung eines Gatten, in der Guttentagschen Festschrift für den 26. Deutsch. Juristentag, 3 bis 27, besonders 7—8, 11 fl., 18 und 25, interpretirt entgegen der communis opinio den § 1348 Abs. 2 BGB. dahin: die Worte „durch Schließung einer neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst" begreifen nach dem Systeme des BGB. und seines Sprachgebrauchs auch die nichtige Ehe, denn auch der Abschluß einer nichtigen Ehe bildet die Schließung einer neuen — wenn auch fehlerhaften — Ehe, indem eine Nichtehe — matrimonium non existens — wohl zu unterscheiden ist von einer nichtigen Ehe — matrimonium nullum. Zur Auflösung der früheren Ehe ist die Vornahme desjenigen formalen Aktes aber bereits genügend, der zur Abschließung einer Ehe erfordert wird. Wenn demnach sogar eine nichtige Ehe die frühere auflöst, so muß dies um so mehr der Fall sein, wenn die neue Ehe nur in Folge einer Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Bei dieser Auslegung des BGB. ist ausgeschlossen, daß eine von dem Todterklärten nach erlangter Kenntniß von der Wiederverheirathung seines bisherigen Ehegatten eingegangene Ehe durch eine Anfechtung der neuen Ehe des Zurückgebliebenen betroffen wird, weil die alte Ehe des Todterklärten stets und endgültig durch Schließung einer neuen Ehe seitens des Zurückgebliebenen aufgelöst wird und aufgelöst bleibt, selbst dann, wenn diese neue Ehe nichtig ist oder mit Erfolg angefochten wurde.

Im Ergebniß übereinstimmend Rehbein, BGB. I 11.

2. Der für todt erklärte Ehegatte ist in Bezug auf die neue Ehe zur Nichtigkeitsklage (§ 632 Abs. 1 CPO. in Verbindung mit § 1326 BGB.) und, nachdem die neue Ehe rechtskräftig für nichtig erklärt worden, in Bezug auf die alte Ehe zur Scheidungsklage wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelehe (§ 1565 Abs. 1) berechtigt. Erler a. a. O. 70, 73. — Die Thatsache, daß der für todt erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat, ist natürlich von der Thatsache zu unterscheiden, daß er zur Zeit der Schließung der neuen Ehe noch lebt. Zwar sind beide Thatsachen nothwendige Voraussetzungen der Nichtigkeit der neuen Ehe; aber das Wissen der beiden Ehegatten der neuen Ehe braucht sich nicht auch auf die letztere Thatsache zu erstrecken. Erler a. a. O. 71. Wird im Falle der Todeserklärung mit Schließung der neuen Ehe

die frühere Ehe aufgelöst, so erlangt auch der für todt erklärte Ehegatte ohne weiteres Ehefreiheit wieder. Erler, Ehescheidungsrecht § 19 Anm. 18.

3. a) Sartorius 244: § 1348 setzt eine Ausnahme von dem Eheverbote des § 1309 fest.

b) Die Frage, ob derjenige, welcher seinen für todt erklärten Ehegatten noch lebend weiß, eine neue Ehe mit einem gutgläubigen Dritten ohne Strafe aus § 179 StGB. eingehen kann, wird ohne Lösung aufgeworfen von Hachenburg Vorträge 79 und Rehbein DJZ. 97 197 f.. Die Frage wird im Sinne der Strafbarkeit bejaht von Francke DJZ. 97 382.

4. Die neue Ehe ist auch dann nicht nichtig, wenn der zurückgelassene Gatte allein weiß, daß der für todt erklärte Gatte noch lebt, also wissentlich eine bigamische Ehe schließt. Friedberg, Zeitschr. f. Kirchenr. 27 419 Anm.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten 92 nimmt an, daß, wenn die Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß der für todt Erklärte die Todeserklärung überlebt hat, die neue Ehe selbst dann nichtig sei, wenn der Todterklärte zur Zeit des Eheabschlusses wirklich gestorben war.

§ 1349. Sartorius 248: Die Anfechtungsklage wirkt als Ehehinderniß auch dann, wenn sie nur die Festsetzung eines anderen Zeitpunkts des Todes zum Zwecke hat, und in den Fällen des § 976 CPO. auch dann, wenn sie nach Ablauf der dort vorgesehenen Frist erhoben wird.

§ 1350. Im Anfechtungsfalle des § 1350 ist die nach § 1351 BGB. eintretende Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung zu beachten; sie kann unter Umständen die Anfechtung als unzweckmäßig erscheinen lassen, wennschon die vermögensrechtliche Rücksicht, entsprechend dem Wesen der Ehe, nicht das in erster Linie entscheidende Moment ist. Schultheis 163.

Indem § 1350 den Ehegatten der neuen Ehe ein Recht zur Anfechtung der neuen Ehe giebt, schafft er vor allem, wie Schoen in der Göttinger Festschrift für Regelsberger bemerkt, für die Katholiken die Möglichkeit, die Vorschriften ihrer Kirche zur Geltung zu bringen, nach welchen die erste Ehe zu Recht besteht, die zweite aber nichtig ist. Die Erhebung der Anfechtungsklage begründet ein Ehehinderniß für die Wiederverheirathung des Verschollenen nicht. Sartorius 241.

Die Frage, ob im Falle der Anfechtbarkeit der neuen Ehe aus § 1350 Abs. 1 der schlechtgläubige Ehegatte durch den guten Glauben des anderen Ehegatten vor der Strafe des § 171 StGB. geschützt wird, ist zu verneinen. Erler a. a. O. § 19 Anm. 21. Die Frage, ob der gutgläubige Ehegatte dem schlechtgläubigen Ehegatten gegenüber das Recht hat, sich auf Grund des § 1565 Abs. 1 wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelehe scheiden zu lassen, ist ebenfalls zu verneinen. Erler a. a. O. § 19 Anm. 27. Wird die neue Ehe auf Grund des § 1350 von einem Ehegatten der neuen Ehe angefochten, so lebt mit Eintritt der Rechtskraft des Anfechtungsurtheils die frühere Ehe mit dem für todt erklärten Ehegatten wieder auf. Dem für todt erklärten Ehegatten steht in diesem Falle die Scheidungsklage aus § 1565 Abs. 1 wegen Doppelehe nicht zu. Erler 75.

Fünfter Titel.

Wirkungen der Ehe im Allgemeinen.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechts 1—3. Der fünfte Titel, „Wirkungen der Ehe im Allgemeinen“, regelt die personenrechtlichen und diejenigen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, die ihre Grundlage im Wesen der ehelichen Gemeinschaft haben und deshalb grundsätzlich zwingenden Rechtes

sind. Doch zählt der Titel die allgemeinen Wirkungen der Ehe nicht erschöpfend auf. Es gehören dahin auch die Bestimmungen der §§ 10, 1726, 1746, 1783 und 1887.

In Buch 4 Abschn. 1 Tit. 5 BGB., Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, sind die „persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander“ behandelt, von welchen in Art. 199 EG. z. BGB. die Rede ist. **RG. 46** 382, JW. **01** Beil. 20, JW. **01** 456.

§ 1353. 1. Wieruszowski 4—9. Der § 1353 behandelt die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe als Folgen der Forderung ehelicher Lebensgemeinschaft. Die eheliche Lebensgemeinschaft umfaßt alle Pflichten, die das Sittengesetz für die Bethätigung rechter ehelicher Gesinnung fordert. Darunter fällt in erster Linie die Verpflichtung zu häuslicher Gemeinschaft; ebenso aber auch die Verbindlichkeit der Eheleute zur ehelichen Beiwohnung, zur Beistandsleistung in Noth und Krankheit, zur gegenseitigen Vertretung ihres guten Rufes gegen verleumderische Angriffe u. s. w. — Die Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft (§ 606 CPO.) ist daher nicht auf das Verlangen häuslichen Zusammenlebens beschränkt, sondern wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten hervorgehenden Pflichten zulässig. Es steht z. B. nichts im Wege, den Klagantrag auf Gewährung der ehelichen Beiwohnung zu richten.

2. a) Zu den Voraussetzungen der Klage auf Herstellung der häuslichen (ehelichen) Gemeinschaft gehört nicht, daß die häusliche Gemeinschaft seitens des Beklagten aufgehoben ist. Der Mann, der die Gemeinschaft aufgehoben hatte, kann gegen die sich ihm fernhaltende Frau auf Wiederherstellung klagen. Davidson, Recht der Ehescheidung 34, 53 (gegen Erler, Ehescheidung 102). — Hat der Mann die Frau verlassen oder aus dem Hause getrieben oder einen ernstlich gemeinten Wiedervereinigungsversuch zurückgewiesen, so kann er erst dann auf Herstellung der Gemeinschaft klagen, wenn er ihr in einer unzweideutigen, dem Verhältniß unter Ehegatten entsprechenden Form zu erkennen gegeben hat, daß er sie wieder bei sich aufnehmen wolle. Davidson 43.

Die Weigerung der Frau, zu ihrem Manne zurückzukehren, ist begründet, wenn das erneute Zusammenleben eine ernstliche Gefährdung ihrer körperlichen oder geistigen Gesundheit herbeiführen oder sie in eine ganz unwürdige oder unerträgliche Lage versetzen würde. Auch Krankheit kann die Frau berechtigen, sich von dem Manne fernzuhalten. Davidson 38 (Planck Anm. 1a zu § 1567, a. M.: Fischer-Henle Anm. 4 zu § 1353).

Die Verweigerung der kirchlichen Trauung berechtigt den anderen Theil zur Verweigerung der Gemeinschaft nicht nur, wenn sie einen Scheidungsgrund darstellt (§ 1568), sondern allemal dann, wenn der andere Theil auf Grund eines Versprechens oder den Umständen nach die kirchliche Trauung erwarten mußte und das eheliche Zusammenleben ohne solche ihm mit Rücksicht auf sein religiöses Empfinden unerträglich werden würde. Davidson 41 (zustimmend Oertmann, dagegen bestreitet Heucke, Ztschr. f. Kirchenr. **31** 413, daß hier ein Rechtsmißbrauch vorliege).

Sartorius 460. Die Nichterfüllung der kirchlichen Verpflichtung in Ansehung der Trauung berechtigt an sich den anderen Ehegatten nicht, die Lebensgemeinschaft zu verweigern.

b) Der Klage auf Herstellung der Gemeinschaft ist auch stattzugeben, wenn das Getrenntleben auf einem offenen oder geheimen Einverständnisse der Ehegatten beruht. Der Mangel des ernstlichen Willens, das Eheleben aufzunehmen, auf Seiten des Klägers begründet hier nur eine vom Beklagten zu beweisende Einrede, während bei der Scheidung wegen böslicher Verlassung das

Vorhandensein dieses Willens Klagevoraussetzung und vom Richter auch von Amtswegen zu beachten ist. Davidson 44 ff., a. M. Erler 102 ff.

OLG. 1 11 (Breslau). Die Klage aus § 1353 BGB. setzt voraus, daß es dem klagenden Ehegatten selbst ernstlich um die Wiederherstellung der Ehegemeinschaft zu thun ist, daß er also selbst den ernstlichen Willen haben muß, seinerseits das Zusammenleben fortzusetzen, und alles hierzu Erforderliche zu thun, und daß er nur, um hierzu den anderen Theil zu zwingen, die Klage angestellt hat. Trifft dies nicht zu, ist vielmehr das Verlangen des Klägers nach Wiederherstellung der Ehegemeinschaft nicht ernstlich gemeint, so stellt sich sein Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes dar, und kann deshalb die Klage keinen Erfolg haben. Ebenso OLG. 3 32 (Braunschweig), 3 101 (Celle), 4 83 (Dresden). Abweichend OLG. 1 12 Anm. 1 (KG.) und KGBl. 00 72. Die Frage, ob der Kläger seinerseits den ernstlichen Willen zur Wiederaufnahme des Ehelebens hat, da ohne diesen die Verlassung seitens des anderen Theiles keine bösliche ist, gehört in den Ehescheidungsprozeß. Ebenso Neumann, DJZ. 00 152.

RG. JW. 01 293, Gruchots Beitr. 45 633; JW. 02 Beil. 272. Das Verlangen des einen Ehegatten nach Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft stellt sich als Mißbrauch dar, wenn es nicht ernstlich gemeint ist. Die Ernstlichkeit fehlt auch dann, wenn der das Verlangen stellende Ehegatte zwar die Rückkehr des anderen ernstlich will, aber nicht die ernstliche Absicht hat, mit dem zurückgekehrten Ehegatten das eheliche Zusammenleben, wie es das sittliche Wesen der Ehe erfordert, fortzusetzen.

OLG. 3 32 (Braunschweig). Die Ernstlichkeit des Antrags auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Kläger beabsichtigt oder gehofft hat, demnächst gegen die unfolgsame Beklagte mit einer Klage wegen böslicher Verlassung Erfolg zu erzielen. Ebenso OLG. 3 101 (Celle).

3. RG. JW. 02 Beil. 272. Der Mißbrauch des Rechtes ist von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn er sich nach dem festgestellten Sachverhalt ergiebt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Beklagte ihn im Wege der Einwendung geltend gemacht hat. Vgl. RG. JW. 00 891.

4. Die Vorschrift des § 1353 BGB. kommt nicht in Betracht bei der Entscheidung über das Getrenntleben der Ehegatten während der Dauer des Scheidungsprozesses nach § 627 CPO., insbesondere braucht der das Getrenntleben begehrende Ehegatte nicht darzuthun, daß das Verlangen des anderen Theiles auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellen würde. RG. 46 382, JW. 01 Beil. 20; RG. 49 268, JW. 01 Beil. 40 u. 113.

RG. JW. 01 576. Für die Entscheidung der Frage, ob in den Fällen des § 627 CPO. eine das Getrenntleben der Eheleute gestattende einstweilige Verfügung erlassen werden darf, kommt nicht § 1353 Abs. 2 BGB., sondern der § 940 CPO. als maßgebend in Betracht.

5. a) RG. JW. 01 Beil. 152. Eine Vereinbarung unter den Eheleuten, es solle die Ehefrau sich eine ihr allein offenstehende Wohnung halten können, damit ihr die Möglichkeit gegeben sei, dort zeitweise ohne Aufhebung der Pflicht zur Ehegemeinschaft allein zu sein, verstößt weder gegen die guten Sitten noch gegen die aus dem Wesen der Ehe sich ergebenden sittlichen und rechtlichen Pflichten.

b) OLG. Darmstadt Hess. Rspr. 00 81. Ein Vergleich unter den Eheleuten, wonach die Ehefrau dauernd einen anderen Wohnort als den des Ehemanns nehmen und dieser der Frau Alimente zahlen soll, ist unwirksam und nimmt der Ehefrau nicht das Recht, jederzeit die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verlangen.

6. a) **RG. 51** 182 ff. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann auch darauf gerichtet werden, daß die an einem Nervenleiden erkrankte Ehefrau verurtheilt wird, sich in eine Heilanstalt zu begeben.

b) AG. Hamburg, R. **00** 515. Als Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, für welche das Landgericht zuständig ist, ist es aufzufassen, wenn der Ehemann gegen seine nicht von ihm geschiedene Ehefrau auf Herausgabe gewisser von ihr ihm entzogener Mobilien klagt.

7. Davidson 44. Ist im Falle des Abs. 2 Satz 2 das Scheidungsrecht durch Verzeihung oder Fristablauf erloschen, so kann die durch das Verhalten des schuldigen Theiles geschaffene Lage immer noch von der Art sein, daß sein Verlangen nach Herstellung der Gemeinschaft sich als Rechtsmißbrauch (Satz 1) darstellt.

8. Marwitz, DJZ. **00** 43. Die Verpflichtung des Ehemanns, der Frau die Kosten des Ehescheidungsprozesses vorzuschießen, folgt nicht aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. über das rechtliche Verhältniß der Ehegatten zu einander. Die Frage nach der Vorschußpflicht läßt sich vielmehr nur nach dem zwischen den Ehegatten bestehenden Güterrechte beantworten. Vgl. Mittelstein und Davidson, DJZ. **00** 160.

9. Einzelne Fälle.

a) **RG.** JW. **01** Beil. 112, Gruchots Beitr. **45** 1023, OLG. **4** 83 (Dresden). Der auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft klagende Ehemann muß eine angemessene Familienwohnung bereit halten; sonst würde sich sein Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes darstellen.

RG. JW. **01** Beil. 90. Das Vorhandensein einer geeigneten Ehewohnung bildet dann keine nothwendige Voraussetzung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, wenn der andere Ehegatte die Rückkehr verweigert. Es genügt als Voraussetzung der Klage, wenn der klagende Ehegatte nur die Möglichkeit hat, bei der Rückkehr des anderen Theiles eine Ehewohnung zu beschaffen, sei es auch unter Berücksichtigung der Mithülfe und der Einkünfte aus dem Vermögen des anderen Theiles, insoweit letzterer zu Mithülfe und Gewährung der Einkünfte verpflichtet ist.

b) OLG. **1** 253 (Hamburg), **RG.** JW. **01** Beil. 57. Wenn durch überwiegende Schuld des Ehemanns die sittlichen Grundlagen des ehelichen Zusammenlebens in dem Maße erschüttert sind, daß mindestens zur Zeit das Zusammenleben für den anderen Theil unerträglich sein würde, so stellt sich das Verlangen auf das Zusammenleben als Mißbrauch des dem Ehemann an sich zustehenden Rechtes dar.

RG. JW. **00** 891, OLG. **3** 32 (Braunschweig). Das Verlangen des einen Ehegatten nach Herstellung des ehelichen Lebens stellt sich als Mißbrauch dar, wenn es zu einer Zeit gestellt wird, wo es in Folge schuldhaften Verhaltens des verlangenden Ehegatten dem anderen zur unerträglichen Last werden muß, z. B. in einer Zeit, in welcher der das Verlangen aussprechende Ehemann gegen seine Ehefrau leichtfertig den Vorwurf des Ehebruchs erhoben hat.

OLG. **4** 339 (KG.). Die Frau kann die Hausgemeinschaft versagen, wenn das Verhalten des Mannes sich als ehewidriges darstellt, auch ohne daß ihm ein Verschulden zur Last fällt. Es kommt bei der Prüfung der Frage, ob der Frau die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft zugemuthet werden könne, nicht auf das subjektive Empfinden der Frau an, es ist vielmehr objektiv nach billigem Ermessen die Frage zu prüfen. Deshalb kann sich die Frau nicht auf die bloße Thatsache berufen, daß der Mann geistesschwach oder geisteskrank sei. Anders dagegen, wenn der geisteskranke Mann Thätlichkeiten gegen die Frau begeht, oder durch anderweite Handlungen der Frau das Verbleiben in der Ehewohnung unmöglich macht.

OLG. **2** 328 (KG.). Hat ein Ehegatte durch ehewidriges Verhalten dem anderen Theile einen gerechtfertigten Grund zur Aufgabe der Ehegemeinschaft gegeben, so kann dem letzteren die Wiederherstellung so lange nicht zugemuthet werden, bis nicht von der anderen Seite hinlängliche Beweise der Sinnesänderung und eine gewisse Garantie für entsprechende Aenderung seines Verhaltens gegeben sind. In was für Handlungen sich diese Sinnesänderung dokumentiren muß, ist nicht allgemein zu sagen. Als nicht unbedingt nöthig wird man eine positive Thätigkeit, insbesondere Nachsuchung der Verzeihung erachten können. Auch Ablauf längerer Zeit in Verbindung mit dem Umstande, daß sich ein gegen die ehelichen Pflichten verstoßendes Verhalten nicht wiederholt hat oder daß eine Beruhigung des Gemüths der Frau anzunehmen ist, kann ausreichen. Vgl. OLG. Colmar, R. **02** 237.

c) OLG. **3** 101 (Celle). Die Ehegatten sind nach § 1353 einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Dieser Pflicht kann sich die Ehefrau auch dann nicht entziehen, wenn sich die Erwerbsverhältnisse des Ehemanns vorübergehend oder dauernd verschlechtern und er in Noth geräth; denn sie hat ganz allgemein nicht nur die Pflicht, das Hauswesen zu leiten und in demselben zu arbeiten, sondern sie ist, soweit es nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich ist, sogar zur Mitarbeit bei dem Erwerbsgeschäfte des Mannes (§ 1356) und weiter eintretenden Falles nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zum Unterhalte des Mannes verpflichtet (§ 1360 Abs. 2). Selbst ein durch Verschulden des Mannes herbeigeführter Nothstand giebt ihr nicht ohne Weiteres das Recht, ihn zu verlassen. Sie muß auch in den Tagen der Noth bei ihm aushalten und sie ihm tragen helfen, es sei denn, daß der Ehemann es dauernd an dem redlichen Willen, für den Familienunterhalt zu sorgen, fehlen läßt, oder daß seine wirthschaftlichen Verhältnisse voraussichtlich für eine nicht absehbare Zeit so ungünstig werden, daß ein gemeinsames Leben thatsächlich unmöglich wird. Solchen Falles stellt sich das Verlangen des Ehemannes nach Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar.

RG. JW. **01** Beil. 2. Ist der Ehemann nicht im Stande, der Ehefrau Unterhalt zu gewähren, so kann die Frau der Eheherstellung nicht widersprechen. Denn wenn selbst eine so weit gehende Mittellosigkeit des Mannes, daß er sich nicht einmal selbst unterhalten kann, so daß die Frau nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit ihm Unterhalt zu gewähren verpflichtet ist (§ 1360 Abs. 2), die Frau nach Lage des Falles nicht von der Verpflichtung befreit, dem Verlangen nach Eheherstellung Folge zu leisten, so kann hiervon in der Regel erst recht nicht die Rede sein, wenn der Mann zwar sich selbst, nicht aber auch die Frau unterhalten kann.

d) OLG. **1** 442 (Dresden). Die Ehefrau darf dem die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft fordernden Manne nicht entgegensetzen, daß die Ausübung der ehelichen Pflicht für sie mit Lebensgefahr verbunden sei, falls der Ehemann die Erklärung abgiebt, daß er nicht zu diesem Zwecke die Wiederherstellung des Ehelebens verlange.

OLG. **3** 245 (Hamburg). Der im Wesen und in den Zwecken der ehelichen Gemeinschaft begründete Geschlechtsverkehr der Gatten hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß kein Theil den anderen durch Geschlechtskrankheit gefährden darf. Daraus ergiebt sich, daß jeder Theil von dem anderen auch klageweise verlangen kann, über Entstehung und Charakter einer bei dem anderen Ehegatten sich zeigenden Geschlechtskrankheit verläßlichen Aufschluß zu erhalten; zu diesem Zwecke muß der Kranke seinen Arzt von der Verschwiegenheitspflicht entbinden.

RG. JW. 01 Beil. 145. Das Verlangen nach Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht ohne Weiteres aus dem Grunde als mißbräuchlich anzusehen, daß sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft irgend eine Gefahr für den anderen Theil ergiebt. Sofern eine solche Gefahr unmittelbar aus dem ehelichen Verhältniß entspringt und dem ehelichen Zusammenleben als solchen eigenthümlich angehört, kann nicht von einem Mißbrauche gesprochen werden.

e) OLG. 1 254 (Kiel); vgl. RG. JW. 01 Beil. 57. Erhebung der Ehescheidungsklage auf Grund ungerechter und leichtfertiger Beschuldigungen — z. B. wenn der Ehemann ohne begründete Veranlassung seine ihm als ehrbar bekannte Ehefrau des Ehebruchs bezichtigt — zeigt einen derartigen Mangel an rechter ehelicher Gesinnung, daß das eventuell erhobene Verlangen nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als Rechtsmißbrauch sich darstellt. Vgl. oben zu b Abs. 2.

OLG. Frankfurt, R. 02 533. Der Umstand, daß der Ehemann gegen seine Ehefrau die Ehescheidungsklage aus § 1568 BGB. erhoben hat, kann nicht als eine Thatsache angesehen werden, die die Ehefrau nach § 1353 BGB. zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, insbesondere zur Verweigerung des Zusammenlebens berechtigte. Vielmehr müssen noch besondere Umstände in dem persönlichen Verhalten des Ehemanns gegen seine Ehefrau glaubhaft gemacht sein, die das Verlangen des Ehemanns auf Rückkehr seiner Ehefrau als Mißbrauch seines Rechtes erscheinen ließen.

f) LG. Mainz, HessRsp. 00 20. Die Frau kann die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern, wenn der Mann mit einer anderen Frau zusammenlebt.

OLG. Hamburg, DJZ. 00 236. Ein Rechtsmißbrauch des Mannes liegt vor, wenn er eine Person als Haushälterin bei sich hat, mit der er früher in wilder Ehe gelebt hatte. Die Ehefrau kann danach die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern.

g) Süßheim, A.civ.Pr. 91 407 f. Die Weigerung der Rückkehr in die häusliche Gemeinschaft ist auch dann begründet, wenn der abwesende Ehegatte auf Ehescheidung klagen könnte, weil der auf Rückkehr bestehende Ehegatte sich bereits selbst einer böslichen Verlassung schuldig gemacht hat. Die Berechtigung der Weigerung wird dadurch nicht beeinflußt, daß der abwesende Ehegatte sich des mißbräuchlichen Charakters der Aufforderung zur Rückkehr nicht bewußt ist. Das Weigerungsrecht besteht nur so lange, als das Verlangen nach Rückkehr einen Mißbrauch der durch die Eheschließung begründeten Rechte darstellt (Satz 1), oder solange das Recht auf Ehescheidungsklage gegeben ist (Satz 2).

Die Böswilligkeit muß sich gegen den verlassenen Ehegatten, nicht gegen den Bestand der Ehe richten, denn letzterer wird auch dann böswillig verletzt, wenn beide Ehegatten im Einverständnisse mit einander handeln, um die beiderseits gewünschte Scheidung zu ermöglichen. Daher liegt keine bösliche Verlassung als Ehescheidungsgrund im Sinne des Gesetzes vor, wenn dieselbe thatsächlich mit Willen des verlassenen Ehegatten stattgefunden hat.

h) Märcker, Nachlaßbehandlung, (16) 377. Die Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist auch dann gegeben, wenn der Mann wiederholt und unberechtigt die Schlüsselgewalt der Frau beschränkt.

i) RG. JW. 01 185. Die frühere Einwilligung eines Ehegatten in das Getrenntleben hindert denselben nicht, später die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verlangen.

§ 1354. 1. Die §§ 1354—1356 normiren die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe als Folgen der äußeren Lebensordnung, die das Gesetz für die eheliche Gemeinschaft bestimmt hat. — Im Wesentlichen sind diese Bestimmungen

leges imperfectae, die allein durch das Schwergewicht des Gesetzesbefehls wirken sollen. — Eine Ausnahme macht die Vorschrift des § 1354 Abs. 1 Satz 2, die die Folgepflicht der Frau feststellt. — Aus ihrem Zusammenhange mit dem Postulate der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben sich ihre weitergehenden Wirkungen bei der Feststellung des Thatbestandes der böslichen Verlassung, der Regelung der Unterhaltspflicht und der Bestimmung des eheweiblichen Wohnsitzes (§ 10 BGB). Wieruszowski 10—14.

2. a) Bendix 658. Abweichende Verträge der Eheleute sind nichtig.

Davidson a. a. O. 44. Ein Vertrag, durch welchen der Frau die Pflicht, dem Manne zu folgen, erlassen wird, ist unverbindlich. Sonstige Abreden des Vertrags werden mit hinfällig, sofern nicht anzunehmen ist, daß sie auch ohne die Vereinbarung des Getrenntlebens getroffen sein würden (§ 139 BGB.). Die Frau wird es in der Regel nicht ablehnen können, dem Mann auch ins Ausland, z. B. nach Amerika, zu folgen a. a. O. 36 ff.

Müller, Seuff. Bl. 66 28. Das Recht des Ehemanns, Wohnort und Wohnung zu bestimmen, kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen oder beeinträchtigt werden.

Eine vor oder bei der Verheirathung getroffene Vereinbarung über den Ehewohnsitz ist rechtsunwirksam, weil die dadurch herbeigeführte Beschränkung der Rechtsstellung des Ehemanns während der Ehe den guten Sitten zuwiderläuft. **RG.** JW. **01** Beil. 40, Gruchots Beitr. **45** 79.

OLG. **1** 134 (Jena). Das dem Ehemann eingeräumte Recht, Wohnort und Wohnung der Eheleute zu bestimmen, beruht auf dem Wesen der Ehe und ist daher ein absolutes Recht. Ein Vertrag, der es auszuschließen bestimmt ist, verstößt gegen die guten Sitten und ist gemäß § 138 BGB. nichtig. Es kann daher eine im Widerspruche mit der Eheberedung seitens des Ehemanns erfolgende Bestimmung nicht um dieses Widerspruchs willen als Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes erachtet werden.

b) **RG.** JW. **01** Beil. 40. Eine vor dem 1. Januar 1900 getroffene Vereinbarung über das Ehedomizil hat mit der neuen Gesetzgebung (Art. 199 Einf.Ges. z. BGB.) jede Wirksamkeit verloren.

3. a) Da dem Manne die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Eheleben betreffenden Angelegenheiten zukommt, so hat er auch das Recht, der Frau den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zu untersagen. Wenn zwischen den Eheleuten Streit entsteht über die Berechtigung des Verbots, so ist zur Entscheidung hier der Prozeßrichter berufen. Der Ungehorsam der Frau gegen die vom Manne angerufene Entscheidung des Vormundschafts- oder Prozeßgerichts hat nicht zur Folge, daß gegen die Frau ein thatsächlicher Zwang ausgeübt werden darf, sondern nur, daß ein solches Verhalten bei einer etwaigen Scheidungsklage des Mannes berücksichtigt wird. Frankenburger, Holdheims MSchr. 8 68 ff. Vgl. § 1357 Ziff. 2b.

b) **RG.** Straff. **35** 395. Betreibt die Ehefrau selbständig mit Genehmigung des Mannes ein Erwerbsgeschäft, in Räumen, welche nicht als eheliche Wohnung dienen, so kann sie dem Willen des Ehemanns entgegenstehende Entscheidungen treffen, sie kann ihm insbesondere das Betreten der Räumlichkeiten untersagen. Der Ehemann, der sich gleichwohl wider den Willen der Ehefrau in die Räume begiebt, macht sich des Hausfriedensbruchs schuldig.

4. a) ObLG. München, R. **01** 206. Auch während der Dauer einer vom Ehemanne zu verbüßenden Freiheitsstrafe hat die Ehefrau nicht das Recht, den ehelichen Wohnsitz zu bestimmen.

b) OLG. **4** 338 (KG.). Sobald das Getrenntleben der Ehegatten gestattet ist, ist der Ehemann auch berechtigt, zu verlangen, daß seine Frau diejenigen Räume, die er als Ehewohnung bestimmt und in Besitz genommen hat, verlasse.

5. OLG. Colmar R. 01 466. Dem Ehemanne steht nicht bloß die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu, sondern ihm, als dem Haupte der Familie, verbleibt die Leitung des Hauswesens und demzufolge auch das Recht und die moralische Pflicht, die Ehefrau von der Verübung strafbarer Handlungen abzuhalten. Eine strafrechtliche Verantwortung aber zieht er sich, abgesehen von den Fällen des § 361 Ziff. 4 und 9 RStrGB., nicht zu, wenn er diese moralische Pflicht vernachlässigt.

§ 1355. Opet, A.civPr. 87 340f. Der voreheliche Name der Frau geht mit der Verheirathung nicht unter, sondern geräth nur in das Stadium der Latenz.

Wulfert, SächsA. 10 8. Durch die Bestimmung des § 1355 wird der Frau nicht das Recht genommen, dem Namen des Mannes ihren Familiennamen hinzuzufügen oder für gewisse Fälle einen Künstlerinnen- oder Schriftstellerinnennamen beizubehalten.

§ 1356. 1. RG. JW. 02 Beil. 269, DJZ. 00 547. Betheiligt sich die Ehefrau eines Kaufmanns an Waarenbestellungen derart, daß sie diese zusammen mit ihm oder auch ohne seine Mitwirkung macht, so kommt es darauf an, ob ein auf persönliche Verpflichtung der Ehefrau gerichteter Vertragswille bei ihr und dem Verkäufer vorhanden gewesen ist. Hierfür aber reicht die Thatsache ihrer Mitwirkung bei der Bestellung nicht aus, wenn das Geschäft nur unter dem Namen des Ehemanns geführt wurde, da dann (§ 1356 Abs. 2) die Möglichkeit bestand, daß sie nur als Gehülfin ihres Mannes thätig wurde.

2. OLG. 5 395 (Stettin). Die Ehefrau hat einen Anspruch auf Wirthschafts- und Kleidergelder. Sie kann diesen Anspruch durch einstweilige Verfügung geltend machen.

3 Ueber Ersatzansprüche des Ehemanns wegen verminderter Erwerbsfähigkeit der Ehefrau RG. 47 84, 92, vgl. oben zu § 845.

4. RMG. 3 181. Da ein (militärischer) Bursche auch zu Leistungen und Arbeiten im Hauswesen verpflichtet ist, so ist es gleichgültig, ob ihm auf diesem Gebiet ein Auftrag von dem Ehemann oder der Ehefrau ertheilt wird. Auch wenn diese ihm ihr gehörige Haushaltsgelder zur Bezahlung von Wirthschaftsschulden übergiebt, ist er zur Befolgung des Auftrags verpflichtet; er erhält das Geld als Bursche, also vermöge seines militärischen Dienstverhältnisses und verletzt dieses, wenn er sich dem Auftrag zuwider das Geld rechtswidrig aneignet.

§ 1357. 1. Dreyer, R. 01 307. Die Grundlage für die „Schlüsselgewalt" der Ehefrau bildet nicht die „häusliche Gemeinschaft" der Ehegatten, sondern die „Ehe" als solche. Während bestehender Ehe kann der Ehemann die Schlüsselgewalt nur gemäß §§ 1357 Abs. 2 und 1361 BGB. ausschließen oder beschränken. Anderen Falles haftet der Ehemann trotz Entfernung von der Ehefrau für die von dieser innerhalb der Schlüsselgewalt (objektiv) gemachten Schulden.

2. a) Wieruszowski 36 ff.: Die eheweibliche Schlüsselgewalt zählt zu den allgemeinen Ehewirkungen, die in jeder Ehe unabhängig von dem sie beherrschenden Güterstande eintreten und, weil im personenrechtlichen Verbande der Ehegatten wurzelnd, einer abändernden Gestaltung durch Vereinbarung entzogen sind. Die aus der Schlüsselgewalt entfließenden Befugnisse stehen der Frau kraft Gesetzes und von Rechtswegen, nicht etwa nur kraft vermutheter Vollmacht zu und können nur, soweit das Gesetz es ausdrücklich zuläßt, beschränkt oder ausgeschlossen werden. Soweit die Frau die Schlüsselgewalt nach außen hin im rechtsgeschäftlichen Verkehre mit Dritten ausübt, ist sie gesetzliche Vertreterin des Mannes (36—38).

Soziale Anschauungen und örtliche Sitten können den Bereich des häuslichen Wirkungskreises der Frau erweitern. Unter Umständen wird auch das Miethen von Wohnungen zu den Befugnissen der Schlüsselgewalt zu rechnen sein.

Dies namentlich in Arbeiterkreisen, in denen der von seiner Berufsthätigkeit stetig und unabkömmlich in Anspruch genommene Mann der Frau die Regelung des Hauswesens in weiterem Umfange zu überlassen pflegt, als in anderen Bevölkerungsklassen (39, 40).

Die Rechtsstellung, welche die Frau kraft ihrer Schlüsselgewalt einnimmt, ist eine doppelseitige: sie hat das Recht der Geschäftsbesorgung und der Vertretung. Durch die Geschäftsbesorgung tritt sie zu ihrem Manne in ein Auftragsverhältniß, auf das die §§ 666, 667, 668, 669, 670 BGB., nicht aber die §§ 671—674 und 665 Anwendung finden. Die aus diesem inneren Auftragsverhältniß entspringenden Befugnisse der Frau bestimmen sich nach den individuellen Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben. — Es muß sich um „Geschäfte des Mannes", d. h. um Maßnahmen handeln, die auch der Mann bei verständiger Würdigung der Sachlage getroffen haben würde (40 ff.).

b) Wieruszowski 16—21 u. Gruchots Beitr. **44** 305—307: Das BGB. hat die Ehefrauen grundsätzlich von allen, nach den bestehenden Rechten ihnen anhaftenden Schranken ihrer Geschäftsfähigkeit befreit. Die wenigen Fälle, in denen dem Manne ein Einfluß auf die rechtlichen Entschließungen der Frau eingeräumt worden ist, werden im Gesetze besonders hervorgehoben (§§ 1726, 1746 Abs. 1, 1783, 1887). Freilich kann der die Ehe beherrschende Güterstand die Folge haben, daß die Frau der ehemännlichen Zustimmung zur Verfügung über diejenigen Bestandtheile ihres Vermögens bedarf, die in Folge der Güterrechtsordnung der Gerechtsame des Mannes unterstehen. Und ebenso ist vom Gesetze Vorsorge getroffen, daß die Frau regelmäßig die der güterrechtlichen Gerechtsame des Mannes unterworfenen Vermögenskomplexe ohne ehemännliche Zustimmung nicht in Schuldverbindlichkeiten verstricken kann. Aber dabei handelt es sich nicht um Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit, die ihren Grund in einem Mangel persönlicher Selbständigkeit der Frau hätten, sondern um rechtliche Hindernisse der freien Verfügung über Vermögenswerthe, die mit dem Rechte eines Dritten belastet sind. — Aus der rechtsgeschäftlichen Selbständigkeit der Frau folgt auch ihre Befugniß zum selbständigen und von der ehemännlichen Einwilligung unabhängigen Betrieb eines Gewerbes. Ebenso kann die Frau, entgegen dem früheren Rechte, ohne Einwilligung ihres Mannes Kaufmannseigenschaft haben. — Kraft des ihm im § 1354 BGB. zustehenden Entscheidungsrechts kann zwar der Mann der Frau den selbständigen Handels- und Gewerbebetrieb untersagen, seinem Verbote durch eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens Nachdruck geben und die Zuwiderhandlung der Frau äußersten Falles zur Grundlage einer auf § 1568 BGB. gestützten Scheidungsklage machen. Dagegen übt das ehemännliche Verbot des Gewerbe- und Handelsbetriebs keinerlei Einfluß auf die Rechtsstellung aus, welche die Frau kraft dieses Betriebs einnimmt. Der Registerrichter darf die von der Frau beantragte Eintragung ihrer Firma selbst dann nicht ablehnen, wenn der Mann der Eintragung widersprochen hätte. — Materiell freilich ist die Zustimmung des Mannes zum Geschäftsbetriebe der Frau von der größten Bedeutung (§§ 1405, 1412, 1460, 1532, 1549, 1459, 1452, 1405 BGB., § 741 CPO., § 1358 BGB.).

c) Wieruszowski 41 ff.: Von einem häuslichen Wirkungskreise kann nach § 1357 an sich nur unter der Voraussetzung einer häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten die Rede sein; doch ist die Annahme eines gemeinschaftlichen Hauswesens auch beim Getrenntleben der Ehegatten nicht schlechthin ausgeschlossen. Verbleibt z. B. die Frau mit den Kindern im bisherigen Haushalte, während nur der Mann sich absondert, so läßt sich immer noch von einer auf der Kinderfürsorge beruhenden Gemeinsamkeit des Hauswesens sprechen, dessen Leitung dann den häuslichen Wirkungskreis der Frau bildet.

Die Frau kann, auch wenn sie im Namen des Mannes auftritt, eine eigene Haftung für die Verpflichtungen aus dem abgeschlossenen Geschäfte der Schlüsselgewalt übernehmen. Liegt in einem solchen Falle eine reine, durch einheitliches Rechtsgeschäft ins Leben gerufene Gesammtschuld oder aber eine Bürgschaftsübernahme vor? Die Frage ist wegen der Formvorschrift des § 766 BGB. von Bedeutung. Im Zweifel wird man sich für die Bürgschaftsübernahme entscheiden müssen; denn nach § 1357 Satz 2 gilt das eigentliche Geschäft als allein im Namen des Mannes vorgenommen, wenn sich nicht aus den Umständen ein Anderes ergiebt (46 N. 34).

Die Eintragung der Ausschließung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt im Güterrechtsregister ist nicht rechtsbegründend, sondern nur rechtsbeurkundend und daher wirkungslos, wenn dargethan wird, daß die Ausschließung und Beschränkung der Schlüsselgewalt nicht oder nur zum Schein stattgefunden habe. Es kann vorkommen, daß der Mann im betrüglichen Zusammenwirken mit der Frau die Ausschließung der Schlüsselgewalt eintragen läßt, um damit eine Handhabe für die Ablehnung seiner Haftung Dritten gegenüber zu gewinnen. Kann dann bewiesen werden, daß die Frau die Geschäfte des häuslichen Wirkungskreises thatsächlich mit Wissen und Willen des Mannes weiter besorgt hat, so wird damit die Grundlage für die Annahme einer nur zum Schein erfolgten Entziehung der Schlüsselgewalt gegeben sein (52).

Durch die vom Vormundschaftsgerichte verfügte Aufhebung der Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt gewinnt die Frau die ihr nach § 1357 zustehenden Befugnisse in dem Umfange zurück, in dem sie ihr das Vormundschaftsgericht wieder verleiht. Die richterliche Entscheidung, die den Eingriff des Mannes in die Schlüsselgewalt der Frau als einen mißbräuchlichen verurtheilt und deshalb aufhebt, hat rückwirkende Kraft (55 f.).

3. Rosenfeld, Schlüsselgewalt. Ein selbständiger ehelicher Haushalt ist nicht Voraussetzung für die Existenz der Schlüsselgewalt, ebensowenig ein fester Wohnsitz der Eheleute. Vgl. aber unten 5b.

Die Schlüsselgewalt hängt nicht vom Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Haushalts ab; sie kann auch dann der Ehefrau zustehen, wenn die Eheleute nicht zusammenleben.

Das Recht der Schlüsselgewalt haben auch beschränkt geschäftsfähige Frauen, da die Vorschriften des BGB. über die Vertretung, und damit auch der § 165 BGB. analoge Anwendung finden sollen.

Von Einfluß auf die Schlüsselgewalt ist es, ob der Ehemann entmündigt ist oder nicht; denn an seine Stelle tritt keineswegs sein gesetzlicher Vertreter, weil dieser der Frau gegenüber überhaupt nicht dieselben Rechte wie der Mann hat.

Nach der noch geltenden preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 § 3 kann die Ehefrau „weibliche Dienstboten annehmen, ohne daß es dazu der ausdrücklichen Einwilligung des Mannes bedarf". Da aber § 1357 BGB. der Frau ganz allgemein das Recht giebt, den Mann innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises zu vertreten, so darf sie auch männliches Gesinde selbständig miethen, wenn diese Handlung im gegebenen Falle „innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises" liegt.

4. a) Auf die Vertretung des Ehemanns durch die Frau innerhalb des häuslichen Wirkungskreises finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 164 ff. Anwendung. § 164 Abs. 2 ist durch § 1357 Abs. 1 Satz 2 dahin modifizirt, daß die innerhalb des häuslichen Wirkungskreises ohne erkennbaren Vertretungswillen von der Frau vorgenommenen Geschäfte als im Namen des Mannes vorgenommen gelten, wenn nicht die Umstände ein Anderes ergeben. Neumann, Handausgabe § 1357 Note 3b.

Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte 337 f. **Die Schlüsselgewalt der Ehefrau ist nicht als ein Fall der gesetzlichen Vertretung anzusehen, weil die direkte, den Ehemann treffende Rechtswirkung nicht von den Voraussetzungen des § 164 abhängt. Es kommt insbesondere auf den Vertretungswillen der Frau sowie auf diesbezügliche Kenntniß des Dritten nicht an.**

b) Enneccerus-Lehmann II (2) 436. Eine Verpflichtung der Frau selbst **durch von ihr im Gebiet ihrer Schlüsselgewalt abgeschlossene Rechtsgeschäfte tritt nur auf Grund besonderer Verpflichtungsübernahme ein.** Das Recht der Führung des Hauswesens kann der Mann der Frau nicht entziehen, sondern **nur das Recht des Geschäftsabschlusses für das Hauswesen.**

5. a) OLG. **3** 13 (Karlsruhe): Die Schlüsselgewalt der Frau ist als **Ausfluß der persönlichen Beziehungen der Ehegatten zu einander, unabhängig von dem Güterrechte derselben, zu betrachten.** Dies ergiebt auch die Stellung **des § 1357, welcher nicht in dem Titel über „Eheliches Güterrecht", sondern über „die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen"** steht. Vgl. Motive IV 117.

b) OLG. **2** 368 (Hamburg). Die Schlüsselgewalt ist **ein Ausfluß des Rechtes und der Pflicht** der Frau, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten; **sie hat das Bestehen eines gemeinschaftlichen Hauswesens** zur Voraussetzung. **Die Ehefrau kann sich daher, wenn** die häusliche Gemeinschaft, gleichviel ob **mit oder gegen ihren Willen, aufgehoben ist, nicht beschwert** fühlen, daß ihr Mann, um **der Ausschließung der Schlüsselgewalt** Wirkung gegen Dritte zu verleihen, die **Eintragung in das Güterrechtsregister** veranlaßt.

6. Schultheis, Der Vormundschaftsrichter 281 ff. Das **Vormundschaftsgericht ist nicht** Aufsichtsbehörde und wird deshalb niemals von Amtswegen, **sondern nur auf Antrag** eines Ehegatten thätig; es fällt nur einzelne Entscheidungen, **übt nicht** eine fortlaufende Wirksamkeit. — Auch die mißbräuchliche Beschränkung **ist an sich wirksam, trotz § 1354 Abs. 2 BGB., vorbehaltlich der Abänderung durch das Gericht.** Die Schlüsselgewalt ist ein Recht der Frau, ihre Beschränkung **daher nur aus gewichtigen Gründen** zulässig; solche Gründe wird der Mann **in dem Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht anzuführen haben, widrigenfalls dem Antrage** der Frau in der Regel ohne Weiteres stattzugeben sein wird.

7. a) OLG. **3** 13 (Karlsruhe). **Der Ankauf von Luxusteppichen kann unter Umständen,** bei Berücksichtigung der guten Vermögensverhältnisse **der Ehegatten, unter die der Frau nach § 1357 BGB.** zustehenden **Befugnisse fallen. Gegenüber dem Dritten** (hier dem Verkäufer) kommt es **nur darauf an, ob das Rechtsgeschäft innerhalb des durch die sozialen Verhältnisse begrenzten Kreises liegt, nicht auch** darauf, ob es im einzelnen Falle zur Befriedigung **eines Bedürfnisses nothwendig** war.

b) OLG. **2** 427 (Dresden). **Wenn der Ehemann sein ihm gesetzlich zustehendes** Kündigungsrecht gegenüber dem von der Ehefrau angenommenen **Gesinde** ausübt, so liegt darin keine Beschränkung der Schlüsselgewalt.

§ 1358. 1. Wieruszowski 22 ff. **Es handelt sich um den Fall, daß die Frau** nach Eingehung der Ehe die Verpflichtung zu einer von ihr in Person **zu bewirkenden** Leistung übernommen hat. Fällt die Uebernahme der Verpflichtung vor den Eheabschluß, so ist die Anwendung des § 1358 ausgeschlossen. **Dem Manne** selbst stehen in diesem Falle keine Mittel zu Gebote, das **Vertragsverhältniß** zur Lösung zu bringen. Die Frau aber wird sich von sonst **unkündbaren** Dienst- und Verwahrungsverträgen, Auftrags- und **Gesellschaftsverhältnissen** freimachen können, **wenn** sie heirathet und die übernommenen **Verbindlichkeiten** mit den Pflichten der ehelichen Gemeinschaft nicht vereinbar **sind, oder wenn** der Mann ihr ohne Mißbrauch seines Entscheidungsrechts **das** weitere **Beharren** im Vertragsverhältniß untersagt; denn in diesen Fällen **wird ihr regel-**

mäßig der wichtige Grund zur Seite stehen, an den die §§ 626, 671 Abs. 3, 696, 723 BGB. und § 133 HGB. das Recht zur sofortigen Kündigung knüpfen.

Wenn das Vormundschaftsgericht um Ertheilung der Ermächtigung zur Kündigung angegangen wird, wird sich seine Prüfung auch auf die Frage zu erstrecken haben, ob wirklich ein die Frau zu persönlichen Leistungen verpflichtender Vertrag vorliegt. Gegen die Ermächtigungsverfügung, die nach § 53 FGG. erst mit ihrer Rechtskraft in Wirksamkeit tritt, ist nach § 60 FGG. die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht nach § 20 FGG. denjenigen zu, deren Recht durch die Verfügung beeinträchtigt worden ist. Beeinträchtigt aber wird durch die Ermächtigung zur Kündigung das Recht der Frau und ihres Vertragsgegners. Beiden ist also die Ermächtigungsverfügung nach § 16 Abs. 2 FGG. bekannt zu machen, und erst, wenn beide die Rechtsmittelfrist unbenutzt verstreichen ließen oder letztinstanzlich mit den erhobenen Beschwerden abgewiesen worden sind, kann der Mann, gestützt etwa auf ein nach § 31 FGG. ihm ertheiltes Rechtskraftzeugniß, kündigen. Da durch diese Weiterungen das ehemännliche Kündigungsrecht praktisch oft vereitelt werden könnte, giebt § 53 Abs. 2 FGG. dem Vormundschaftsgerichte die Befugniß, bei Gefahr im Verzuge die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anzuordnen. In diesem Falle tritt die Verfügung mit der Bekanntmachung an den Ehemann in Wirksamkeit (§ 53 FGG. letzter Satz). Die Frau und ihr Vertragsgegner können zwar die Verfügung, und zwar nunmehr mit der einfachen Beschwerde, angreifen; hatte aber der Mann, von der ihm ertheilten Ermächtigung Gebrauch machend, inzwischen gekündigt, so kann die angegriffene Verfügung nach §§ 55, 62, 63 FGG. weder vom Vormundschafts- noch vom Beschwerdegerichte geändert werden.

Durch die ehemännliche Kündigung wird das Rechtsverhältniß zwischen der Frau und dem Dritten mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben. Die ehemännliche Kündigung wirkt wie ein zufälliger Umstand, der die Leistung der Frau unmöglich macht und von ihr nicht zu vertreten ist. Zwar liegt eine eigentliche und thatsächliche Unmöglichkeit der Erfüllung nicht vor. Aber das Gesetz geht von dem Gesichtspunkt aus, daß die Frau die Erfüllung ihrer Vertragspflichten den ehelichen Interessen unterzuordnen habe, wenn der Mann es verlangt. Indem somit das Gesetz selbst der Frau die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten untersagt, schafft es eine Art rechtlicher Unmöglichkeit der Leistung. Und da diese Unmöglichkeit durch den Willen eines Dritten, des Mannes, herbeigeführt wird, hat sie weder die Frau, noch ihr Vertragsgegner zu vertreten. Daraus folgt nach §§ 275 ff., 323 BGB. die Befreiung der Frau von jeglicher Schadensersatzpflicht für das Unterbleiben der künftigen Leistungen. Dies gilt auch, wenn der Dritte beim Vertragsschlusse nicht wußte, daß er es mit einer verheiratheten Frau zu thun habe.

Hat der Ehemann gekündigt, so kann sowohl die Frau ihrem Vertragsgegner, wie auch dieser der Frau die weitere Vertragserfüllung weigern. Dem Einwande der Kündigung gegenüber kann sich der Dritte nicht darauf berufen, daß die Erfüllung der Vertragspflicht die ehelichen Interessen nicht beeinträchtige. Diese Frage hat nur das Vormundschaftsgericht zu prüfen. Sie unterliegt der Nachprüfung des Prozeßgerichts nicht.

Setzen die Frau und ihr Vertragsgegner der ehemännlichen Kündigung ungeachtet das Vertragsverhältniß fort, so kann der Ehemann gegen den seine Kündigung mißachtenden Dritten klagen und eine Verurtheilung erwirken, durch die dem Dritten die Inanspruchnahme fernerer persönlicher Thätigkeit der Frau untersagt wird. Die Kündigungsbefugniß des § 1358 ist ein Ausfluß des Rechtes, das dem Manne kraft des Postulats der ehelichen Lebensgemeinschaft auf die Person der Frau zusteht. Dieses Recht aber ist ein absolutes und wirkt gegen jeden Dritten, der sich mit ihm in Widerspruch setzt (27—30).

Die Vorschrift des § 1358 findet auch auf persönliche Leistungspflichten Anwendung, die die handeltreibende und dadurch mit Kaufmannseigenschaft ausgestattete Frau im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs übernimmt. Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der Mann seiner Frau die Einwilligung zum selbständigen Geschäftsbetriebe gegeben hatte. Nur wird in dieser Einwilligung meist die generelle Zustimmung zu allen persönlich verpflichtenden Rechtsgeschäften zu finden sein, die die Frau im Geschäftsbetrieb eingeht (31 N. 33, 34, 35).

Die Frage, ob der Mann das Kündigungsrecht auch hat, wenn die Frau im Staatsdienst als Beamtin angestellt ist, muß verneint werden, da das Beamtenverhältniß seiner Unterstellung unter das öffentliche Recht halber von den Bestimmungen des BGB. nicht berührt wird (36 N. 34).

2. Bochalli, Ausnahmen vom Vertretungsprinzip: Gemäß § 1358 BGB. kann der Mann alle Rechtsgeschäfte der Frau kündigen, welche eine Verpflichtung der Frau zu einer Thätigkeit begründen, durch die das Recht des Mannes auf die eheliche Lebensgemeinschaft verkürzt wird. Hierher gehören nicht nur die Fälle, in denen die Frau sich als Dienstmagd verdingt, den Beruf einer Lehrerin ausübt oder ein Engagement als Schauspielerin annimmt, sondern auch jede Verpflichtung der Frau zu einer individuellen Leistung, z. B. zur Anfertigung eines Gemäldes. Die Bestimmungen des § 1358 Abs. 3 haben ihren Grund in der höchst persönlichen Natur des eheherrlichen Entscheidungsrechts. Es handelt sich um ein Recht, welches in der Weise an die individuelle Persönlichkeit des Ehemannes geknüpft ist, daß es eine Ausübung durch einen Anderen nicht verträgt. Der Ehemann allein ist im Stande, zu beurtheilen, ob die Leistungen, zu denen sich seine Frau verpflichtet hat, mit den durch die Ehe begründeten Pflichten vereinbar sind. (22, 23).

3. Alle einschlägigen Verträge unterliegen an und für sich dem Kündigungsrechte des Mannes, auch wenn sie die ehelichen Interessen nicht beeinträchtigen; deshalb ist in allen Fällen der Ersatz der fehlenden Zustimmung des Mannes durch das Gericht von Bedeutung. Schultheis a. a. O. 285. Freilich ist es Pflicht des Vormundschaftsgerichts, ehe es dem Antrage des Mannes auf Ermächtigung zur Kündigung stattgiebt, die Sachlage von dem Gesichtspunkt aus zu prüfen, ob die Erfüllung des Vertrags eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen zur Folge hat und deshalb die Thätigkeit der Frau als nicht berechtigt erscheint (a. a. O. 288). Es ist kein Widerspruch, wenn das Gericht sowohl den Antrag der Frau auf Ersatz der Zustimmung des Mannes als später den Antrag des Mannes auf Ermächtigung zur Kündigung des nicht genehmigten Vertrags ablehnt, wiewohl in der Regel die Ablehnung des Antrags der Frau und die Ermächtigung zur Kündigung Hand in Hand gehen werden (a. a. O. 289[15]).

Der Vertrag, dem das Gericht an Stelle des Ehemanns zugestimmt hat, bleibt auch nach der Rückkehr oder Genesung des letzteren wirksam. Deshalb ist der Ersatz der Genehmigung auch im Falle der Abwesenheit von Wichtigkeit, wiewohl für die Dauer derselben das Kündigungsrecht ausgeschlossen ist. Schultheis 286[6].

Sowohl für die Ermächtigung nach Abs. 1, wie für den Ersatz der Zustimmung nach Abs. 2 kommt in Betracht, ob die Frau den nach Lage der Verhältnisse angemessensten und das eheliche Leben am wenigsten störenden Erwerbszweig erwählt hat (285, 288).

4. Frankenburger, Holdheims Mschr. 8 69. „In Person zu bewirkende Leistungen" sind sowohl Verpflichtungen aus einem Dienstvertrag (auch Uebernahme eines Engagements an einer Bühne) als auch aus einem anderen Vertrage, z. B. Werkvertrag, Gesellschaftsvertrag, Auftrag.

Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, wodurch der Ehemann „zur Kündigung ermächtigt wird", wird erst mit der Rechtskraft wirksam; „wenn sich ergiebt" ist gleichbedeutend mit „wenn erwiesen ist".

„Ersetzung der Zustimmung des Mannes zur Uebernahme von Leistungen in Person" durch das Vormundschaftsgericht; die Frau kann sich, auch ohne den Mann vorher zu befragen, im Voraus an das Vormundschaftsgericht zum Zwecke der Ertheilung der Zustimmung wenden, wenn sie Widerstand vom Manne befürchtet.

„Während der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" ist das Kündigungsrecht des Mannes nicht ausgeschlossen, wenn die Ehefrau sich böslich zum Zwecke der Erfüllung des Vertrags entfernt hat.

5. Der Mann kann auf das ihm zustehende Kündigungsrecht verzichten. **Müller**, Seuff. Bl. 66 3.

6. Das Verfahren vor dem Vormundschaftsrichter erfolgt nur zwischen den Eheleuten; der Dienstberechtigte wird nicht zugezogen und ist nicht zur Beschwerde gegen die Entscheidung berechtigt. **Josef**, Komm. z. Reichs- u. Preuß. FGG. Anm. 2 zu § 53.

§§ 1360, 1361. **Wieruszowski** 64—67: Die Bedeutung der §§ 1360, 1361 neben den Normen der §§ 1389, 1427, 1458, 1429 und 1549, die dem Manne die auch die Unterhaltsbeschaffung einschließende Bestreitung des ehelichen Aufwandes auferlegen, ist darin zu finden, daß die Aufwandsnormen der abweichenden Regelung durch Ehevertrag freigegeben, die Unterhaltsnormen aber zwingenden Rechtes sind. Der durch die Unterhaltsnormen begründete Pflichtenkreis bildet also den festen und unabänderlichen Theil desjenigen Pflichtenbereichs, der sich aus den Vorschriften über die Bestreitung des ehelichen Aufwandes ergiebt. Außerdem gewähren die §§ 1360, 1361 im Gegensatze zu den §§ 1389 und 1394 der Frau die Möglichkeit, ihre gesetzlichen Unterhaltsrechte jederzeit gerichtlich geltend zu machen.

§ 1360. 1. a) Während im § 1603 die Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der verwandtschaftlichen Unterhaltspflicht einen durch bestimmte Merkmale bezeichneten rechtlichen Thatbestand bildet, ist die Leistungsfähigkeit, die § 1360 im Auge hat, die nackte Thatsache des Vermögensbesitzes und der Erwerbsmöglichkeit. Was die Eheleute haben und erwerben können, müssen sie mit einander theilen, mag es nun für den beiderseitigen standesgemäßen oder nur für den nothdürftigen Unterhalt oder selbst für diesen nicht ausreichen. Praktisch aber lockert sich die theoretische Anspannung dieses Begriffs der Leistungsfähigkeit durch die Vorschriften der §§ 811 und 850 CPO., die eine Zwangsvollstreckung nur bis zur Grenze des Unentbehrlichen und Nothdürftigen gestatten. Diese Bestimmungen kommen, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen festsetzt (§ 850 Absatz 4), auch dem verurtheilten Unterhaltsschuldner zu Statten, doch sind sie immer erst in der Vollstreckungsinstanz zu berücksichtigen. **Wieruszowski** 67 bis 70.

Die Verpflichtung, den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren, kann grundsätzlich nur von dem unterhaltspflichtigen Ehegatten in Person erfüllt werden. Der Mann wird z. B. die Frau nicht zwingen können, unter Aufgabe des eigenen Haushalts mit ihm zu seinen Eltern zu ziehen und aus deren Hand den Lebensunterhalt zu empfangen. Ausgeschlossen ist es aber nicht, daß sich der unterhaltsberechtigte Ehegatte die Befriedigung einzelner und vorübergehender Bedürfnisse durch Dritte gefallen lassen muß (a. a. O. 120, 121).

b) **Süßheim**, A.civPr. 91, 417. Die Verpflichtung zur Unterhaltsleistung beschränkt sich auf die Reichung nothdürftigen Unterhalts, wenn der verpflichtete

Ehegatte wegen böslicher Verlassung auf Ehescheidung klagen könnte. Dagegen tritt, trotz böslicher Verlassung, keine Aenderung der geschuldeten Unterhaltshöhe ein, wenn das Verlangen der Rückkehr sich als Mißbrauch kennzeichnet.

Der böslich verlassene Ehemann hat seiner Ehefrau nothdürftigen Unterhalt auch dann zu gewähren, wenn er selbst bloß nothdürftigen Unterhalt gewinnt und die Frau Vermögen und Einkommen besitzt oder völlig erwerbsfähig ist. Für die Unterhaltspflicht der Frau ist die bösliche Verlassung ohne Belang, wenn der böswillig verlassene Mann sich selbst zu unterhalten vermag.

c) OLG. 2 440 (Stuttgart): Bedürftigkeit der Frau ist nicht Voraussetzung ihres Unterhaltsanspruchs gegen den Ehemann. Die Anwendung des § 1602 ist ausgeschlossen.

2. a) Leben die Ehegatten getrennt, weil der unterhaltspflichtige Ehegatte grundlos die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft weigert, so kann der andere Ehegatte, solange — aber auch nur solange ihm der Unterhalt in der häuslichen Gemeinschaft verweigert wird, Unterhaltsgewährung in **Geldrenten** verlangen. Die Gewährung dieser Geldrenten hat hier jedoch im Unterschiede zu den im Falle des § 1361 zu gewährenden Geldrenten den Charakter einer Schadensersatzleistung. **David**, R. **00** 187 ff.; vgl. **Eccius**, DJZ. **01** 110.

b) OLG. 2 368 (Kassel). Weigert sich der Ehemann, seine Frau in die häusliche Gemeinschaft aufzunehmen, so kommt er mit Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht in Verzug. Die Frau kann daher einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 286 geltend machen (vgl. **Eccius**, DJZ. **01** 110). Durch begründete Weigerung zur Rückkehr geht die Frau des Anspruchs auf Unterhalt nicht verlustig. LG. Mainz R. **00** 372.

3. a) Das Gesetz stellt die Maßstäbe der Leistungsfähigkeit und Standesmäßigkeit anscheinend als gleichwerthig neben einander hin. Kraft seines Bestimmungsrechts aber vermag der unterhaltspflichtige Mann die Lebenshaltung der Ehegatten in den Grenzen des standesmäßigen Lebensbedarfes zu halten, selbst wenn seine Mittel ihm die Erhöhung des Aufwandes über diese Grenzen hinaus gestatten sollten. Der Maßstab der Leistungsfähigkeit kann also immer nur beschränkend auf den der Standesmäßigkeit einwirken. **Wieruszowski** 86, 87.

b) **RG.** JW. **01** Beil. 50. **Der unterhaltspflichtige Ehemann ist der Ehefrau — ebenso wie seinen Kindern (§ 1603 Abs. 2) — gegenüber nicht berechtigt, von seinen Einnahmen die Kosten seines eigenen standesgemäßen Unterhalts vorweg in Abzug zu bringen und nur den verbleibenden Ueberrest zum Unterhalte von Frau und Kind zu verwenden. Vielmehr hat der Ehemann, wenn er hinsichtlich seines eigenen standesgemäßen Unterhalts in Gefahr kommt, alle verfügbaren Mittel zu seinem, seiner Ehefrau und seiner Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden.**

c) OLG. **4** 404 (Hamburg). Dringende Schulden, welche den Ehemann der Gefahr des Konkurses und Verlustes seines Amtes aussetzen, sind bei Bemessung des Unterhalts an Frau und Kinder zu berücksichtigen.

OLG. Dresden, SächsAnn. **23** 195. Gemäß § 1360 Abs. 2 haftet die Ehefrau auch für die in einer Untersuchungssache gegen den Ehemann erwachsenen Unterhaltungskosten im Gefängnisse.

OLG. Braunschweig, Seuff. A. **56** 309. Die vermögende Frau hat dem erwerbsunfähigen Manne auch während der Trennung (§ 1361) Unterhalt zu gewähren.

d) **RG.** JW. **01** Beil. 102. Während der Anspruch der zweiten Ehefrau gegen ihren Ehemann auf Unterhaltsgewährung ein wesentlich unbeschränkter ist, ist der Anspruch der geschiedenen Ehefrau gegen den schuldigen geschiedenen Ehe-

mann den §§ 1578 und 1579 BGB. entsprechend in verschiedenen Beziehungen beschränkt.

OLG. Dresden, R. 02 209. Die Ehefrau geht des Unterhaltsanspruchs nicht dadurch verlustig, daß der Ehemann auch zum Unterhalt eines unehelichen Kindes verpflichtet und nicht im Stande ist, beiden Ansprüchen zu genügen.

4. OLG. 2 330 (Stettin). Der einem Ehegatten zustehende Unterhalt ist grundsätzlich nur im Hause und in Natur zu gewähren. Im Falle des § 1361 ist ausnahmsweise der Unterhalt in einer Geldrente und außer dem Hause zu gewähren. Verweigert ein Ehegatte die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ohne Grund, so kann der Unterhaltsberechtigte keine Geldrente, wohl aber Schadensersatz fordern (s. o. Ziff. 2 a).

OLG. 2 385 (Dresden). Durch § 1360 Abs. 3 hat zum Ausdrucke gebracht werden sollen, daß unter gewöhnlichen Umständen die Art und Höhe des Unterhalts nach dem sich bestimmt, was die eheliche Lebensgemeinschaft als angezeigt erscheinen läßt. Dagegen sollte nicht der Grundsatz aufgestellt werden, daß der Unterhaltsanspruch der Frau sich in allen Fällen auf Naturalleistungen richten müsse. Entzieht sich der Mann seiner Unterhaltspflicht, so ist vielmehr die Verurtheilung zur Zahlung einer Geldrente die allein zweckmäßige Form.

OLG. 2 331 (Hamburg). Leben die Ehegatten getrennt, weil der Mann ohne gesetzlichen Grund die Aufnahme der Frau verweigert, so kann die Ehefrau auf Grund des § 1360 Unterhalt in Form einer Geldrente beanspruchen. Durch § 1360 Abs. 3 ist nicht etwa Naturalleistung geboten. Eine Folgerung ex contrario aus § 1361 ist nicht zulässig; denn § 1361 ist nicht als eine Ausnahme von der Regel des § 1360 Abs. 3 aufzufassen, sondern als die ausdrückliche Ordnung eines derjenigen Fälle, in denen die regelmäßige Art der Unterhaltsgewährung durch besondere Umstände unmöglich gemacht wird. Die gleichen Gründe, welche im Falle des § 1361 für die Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente sprechen, treffen auch auf diesen Fall zu.

RG. JW. 00 179. Grundsätzlich hat die Gewährung von Unterhalt seitens des Mannes in Natur zu erfolgen. Nur in den Fällen des § 1361 kann eine Unterhaltsgewährung in Geld erfolgen. Vgl. OLG. Dresden, SächsA. **10** 767.

§ 1361. 1. a) Erler, Ehescheidungsrecht 146, 147, 204. § 1361 bezieht sich auf den Fall, daß die Ehegatten thatsächlich von einander getrennt leben und einer von ihnen (sei es der unterhaltspflichtige, sei es der unterhaltsberechtigte Ehegatte) mit Recht die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert. Ein Ehegatte darf die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern, wenn und solange er berechtigt ist, aus einem der in den §§ 1565—1568 aufgeführten Scheidungsgründe auf Scheidung zu klagen, sowie dann, wenn sich das Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Mit Recht verweigert die Gemeinschaft auch der zu einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage berechtigte Ehegatte, wenn die Voraussetzungen des § 1345 Abs. 1 BGB. vorliegen. Die Entrichtung der Geldrente und Herausgabe der Haushaltsachen kann im Wege der Klage sowie im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungen werden.

Für die Unterhaltsberechtigung aus § 1361 ist es gleichgültig, ob der unterhaltsberechtigte Ehegatte die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verweigern darf und verweigert, oder ob die Weigerungsbefugniß dem unterhaltspflichtigen Theile zusteht und von ihm ausgeübt wird. Daher ist die Schuldfrage für die Anwendung des § 1361 bedeutungslos. Wieruszowski 74, 75 und Note 22 das.

b) Wieruszowski 74 ff. Die Befugniß eines der Ehegatten, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, bestimmt sich zwar nach § 1353

Abs. 2 BGB.; doch ergiebt sich praktisch folgender Unterschied: beruht die Veranlassung zum Getrenntleben auf dem Willen des unterhaltsberechtigten Ehegatten, so muß er die Gründe darlegen, die ihn zur Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft berechtigen. Die thatsächliche Weigerung der Gemeinschaft ergiebt sich hier aus der Sachlage und bedarf keines besonderen Nachweises. Ist aber die Veranlassung zum Getrenntleben auf den Willen des unterhaltspflichtigen Theiles zurückzuführen, so bedarf es zur Durchführung des Anspruchs aus § 1361 nur des Nachweises thatsächlicher Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft; denn hier kann der unterhaltsberechtigte Gatte ein Recht zum Getrenntleben schon aus dem Umstande herleiten, daß ihm die Weigerung des Gegners die häusliche Gemeinschaft verschließe. Im Allgemeinen läßt sich der Satz aufstellen, daß getrennt lebende Ehegatten nur dann von der Unterhaltspflicht des § 1361 befreit sind, wenn der unterhaltsberechtigte Gatte sich wider den Willen des unterhaltspflichtigen Theiles und grundlos der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft widersetzt.

2. a) Hat der Mann die Frau ohne rechtmäßigen Grund verlassen oder aus dem Hause getrieben, so muß er ihr, selbst wenn sie gleichzeitig auf Herstellung der Gemeinschaft klagt, den Unterhalt in Form einer Geldrente gewähren. Davidson, DJZ. 01 91, Eccius ebd. 110, David, R. 00 187. Vgl. OLG. Frankfurt a. M., R. 02 533. Während aber Eccius den Anspruch auf die im voraus zahlbare Rente als Schadensersatzanspruch aus §§ 1360, 1613 auffaßt, hält Davidson den Thatbestand des § 1361 für gegeben, indem er der Frau ein Recht, die Herstellung der Gemeinschaft bis auf weiteres zu verweigern, zugesteht (s. oben zu § 1353). David konstruirt gleichfalls einen Entschädigungsanspruch aus § 1360, deutet aber zugleich an, daß häufig der verlassenen Frau auch das Recht, nunmehr ihrerseits die Herstellung der Gemeinschaft zu verweigern, zur Seite steht und alsdann § 1361 anwendbar sei. Gegen den Gesichtspunkt der Entschädigung erhebt sich das Bedenken, daß durch eine vorweg — also für die Zukunft im Voraus — zahlbare Rente die Erstattung eines Schadens gewährt würde, der noch gar nicht entstanden ist und vielleicht nie zur Entstehung gelangen wird (s. o. Ziff. 2 a zu § 1360).

Der Anspruch auf die Rente fällt weg, sobald der Mann sich zur Wiederaufnahme der Frau ernstlich bereit zeigt. Davidson a. a. O. 92.

b) RG. JW. 01 185. Der Ehegatte, welcher Anspruch auf Unterhaltsgewährung außerhalb der Ehewohnung verlangt, kann sich auf eine frühere Einwilligung des anderen Theiles in das Getrenntleben dann nicht berufen, wenn dieser jetzt — was im Wege der Widerklage zulässig ist — Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft fordert.

3. a) OLG. 2 75 (KG.). § 1361 bildet nicht den einzigen Fall der Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung durch Entrichtung einer Geldrente. Auch diejenige Ehefrau, welche zwar keinen Grund zum Getrenntleben hat, aber von ihrem Ehemanne verlassen ist, kann eine Geldrente fordern; dasselbe gilt für die Fälle, wo der Ehegatte sich im Krankenhaus oder im Gefängnisse befindet.

OLG. Hamburg, HansGerZ. 01 Beil. 185. Daraus, daß § 1361 nur den Fall regelt, daß einer der Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf oder verweigert, ist nicht zu folgern, daß nicht auch in anderen Fällen des Getrenntlebens von Ehegatten diese Unterhaltspflicht bzw. die Gewährung von Unterhalt durch Entrichten einer Geldrente gegeben ist. Vgl. auch § 1360 Nr. 4 (S. 35).

OLG. 4 84 (Dresden). Die Pflicht der Unterhaltsgewährung durch Entrichten einer Geldrente besteht nicht nur, wenn der unterhaltsberechtigte, sondern auch, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert.

Seuff. A. 56 309. Der Unterhaltsanspruch steht, solange die Ehe besteht, auch demjenigen Ehegatten zu, auf dessen Verschulden das Getrenntleben zurückzuführen ist.

Der Unterhaltsanspruch der Frau gegenüber dem Manne ist kein subsidiärer; er ist weder von der Bedürftigkeit der Frau, noch von der Fähigkeit des Mannes, den Unterhalt ohne Gefährdung des eigenen standesgemäßen Lebens zu gewähren, abhängig. Alles, was nicht zu seinem nothwendigen Unterhalte gehört, muß der Mann mit der Frau theilen, gegebenen Falles also auch die dem Manne von anderer Seite zufließenden Unterhaltsbeiträge. **RG.** Sächs. A. 11 626.

b) OLG. 4 340 (Dresden). Verweigert die Ehefrau die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, so steht dem Ehemanne nur dann ein Anspruch auf Geldrente zu, wenn er darthut, daß die Weigerung unberechtigt ist (§ 1353) oder daß ihm selbst ein Weigerungsrecht zusteht.

OLG. 3 14 (Kiel). In einem Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft bezweckenden Rechtsstreite kann auf Antrag der Beklagten gegen den Kläger eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe der zur Führung eines gesonderten Haushalts erforderlichen Gegenstände und Gewährung des Unterhalts erlassen werden. Ist, worüber gestritten wird, die Beklagte zum Getrenntleben berechtigt, so muß der Kläger ihr das gewähren, was sie mit der einstweiligen Verfügung verlangt; es wird also die Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf das streitige Rechtsverhältniß angestrebt.

c) OLG. Frankfurt a/M., R. 02 209. Die Klägerin genügt ihrer Beweislast, wenn sie glaubhaft macht, daß die von ihr geforderten Unterhaltsbeiträge ihrem Stande entsprechend sind.

OLG. 3 240 (Hamburg). Für die Unterhaltsrente aus § 1361 kann die Frau keine Sicherstellung verlangen.

d) OLG. 2 201 (KG.). Durch eine auf gegenseitigem Einverständnisse beruhende thatsächliche Trennung wird die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Ehegatten nicht berührt.

4. a) Wieruszowski 83 ff. Die Vorschrift des § 1361 Abs. 1 S. 2 setzt nur eine Berechtigung der Frau fest. Verlangt sie vom Manne die zur Beschaffung der Einrichtung eines abgesonderten Haushalts nöthigen Geldmittel, so kann der Mann diesen Anspruch nicht durch das Angebot beseitigen, ihr die erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalte herauszugeben. Gegen etwaige Chikanen der Frau gewährt § 1361 Abs. 2 Abhülfe.

Durch die Herausgabe der Sachen zum Gebrauche der Frau tritt zwischen ihr und ihrem Manne ein der Leihe ähnliches Rechtsverhältniß ein. Die §§ 598 bis 606 finden entsprechende Anwendung. Die Eigenthumsverhältnisse bleiben unberührt. Die Frau kann ihr Gebrauchsrecht an den Sachen auch gegen den Vollstreckungszugriff der ehemännlichen Gläubiger zur Geltung bringen.

Die Worte „Zahlung eines Beitrags" im § 1361 Abs. 2 lassen nicht zu, daß der Richter an Stelle der im § 1361 Abs. 1 vorgeschriebenen Geldrente eine Naturalleistung setze, der Frau beispielsweise nur das Recht zusprechen dürfte, eine ihr vom Manne gemiethete Wohnung zu beziehen. Wohl aber kann der Richter im Rahmen des § 1361 Abs. 2 eine Aenderung der gesetzlichen Zahlungsbedingungen verfügen; z. B. die Vorausleistung nur für einen Monat oder noch kürzere Zeiträume anordnen. Das ist praktisch von großer Wichtigkeit (93).

Durch eine Vorausleistung über den im § 760 Abs. 3 bestimmten Zeitraum hinaus wird die Unterhaltspflicht des Mannes der Frau gegenüber nicht beseitigt, wohl aber wegen des Erfordernisses „erneuter Bedürftigkeit" in eine reine Unterstützungspflicht verwandelt, die nur dann eintritt, wenn die Frau außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten (124).

b) Nur der Frau ist die Befugniß gegeben, die zur Führung eines abgesonderten Haushalts nöthigen Sachen herauszuverlangen. Dem Manne steht ein gleiches Recht nicht zu, doch kann er gegebenen Falles auf Grund anderer Rechtstitel (Eigenthum, besseres Besitzrecht) durch Klage oder im Wege der einstweiligen Verfügung die Rückgewähr von Sachen fordern. OLG. Breslau, BreslAKZ. 01 31.

c) Im § 3 Ziff. 4 Anfechtungsgesetz sind die Bestimmungen des alten Gesetzes, die sich auf die Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemanns gekommenen Vermögens der Ehefrau bezogen, in Wegfall gekommen, so daß nunmehr solche Geschäfte anfechtbar sind, sobald die allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit des § 3 Ziff. 1—4 AnfGes. in neuer Fassung gegeben sind. Nach Ziff. 1 ist eine Hypothek, welche der Ehemann für das Eingebrachte der Frau bestellt hat, anfechtbar, sofern das belastete Grundstück den einzigen dem Ehemanne noch zur Verfügung stehenden Vermögenswerth darstellte und der Ehemann dieses letzte Werthobjekt seinen Gläubigern in der Absicht entzog, dasselbe seiner Ehefrau, die von der Sachlage Kenntniß hatte, zuzuwenden. OLG. Dresden, Sächs. A. 11 629.

5. Ein Prozeßvergleich über den Unterhaltsanspruch ist nur dann wirksam, wenn seine Festsetzungen über den Unterhaltsanspruch nach Art, Umfang und Zahlungsbedingungen die gesetzlichen Mindestforderungen erfüllen. Andernfalls kann der Unterhaltsgläubiger den Rechtsstreit jederzeit wieder aufnehmen. Wieruszowski 126.

§ 1362. 1. Wieruszowski: Der Schutz, den § 1362 verleiht, besteht in einer widerleglichen Rechtsvermuthung. Die Vorschrift wendet sich an den Richter und weist ihn an, die Beweislast in bestimmter Weise zu vertheilen. Deshalb ist die Möglichkeit ausgeschlossen, die Vorschriften des § 1362 durch Vereinbarung außer Kraft zu setzen (141).

Für die Anwendung des § 1362 Abs. 1 ist es unerheblich, ob der Besitz, an den das Gesetz die Vermuthung knüpft, ein unmittelbarer oder ein mittelbarer gemäß § 868 BGB. ist. Befindet sich eine bewegliche Sache im unmittelbaren Besitz eines der Ehegatten und steht über diesem unmittelbaren Besitze der mittelbare eines Dritten, so findet an sich gleichfalls die Vermuthung aus § 1362 Abs. 1 Anwendung. Die Feststellung aber, daß der besitzende Ehegatte zu einem Dritten im Verhältnisse des § 868 BGB. stehe, wird regelmäßig schon für sich allein den Zugriff der Gläubiger des Ehemanns vereiteln (144, 145).

Der § 1362 Abs. 1 beschränkt die Wirksamkeit der Vermuthung durchaus nicht auf den Fall, daß das Eigenthum einer Sache zwischen dem Gläubiger des Ehemanns und einem der Ehegatten selbst streitig wäre. Die Vermuthung ist vielmehr auch dann anwendbar, wenn der Gläubiger des Ehemanns mit einem Dritten über das Eigenthum einer Sache streitet, die sich im Besitz eines Ehegatten befindet (145).

Um die Anwendung des § 1362 Abs. 2 zu begründen, müssen zwei Voraussetzungen zusammentreffen: die subjektive, daß die Sache ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmt sein muß, und die objektive, daß die natürliche Beschaffenheit der Sache sie als eine dem Gebrauche der Frau gewidmete erscheinen läßt. Dieses objektive Erforderniß aber ist nicht nach einem absoluten Maßstabe, sondern nach den besonderen Verhältnissen des Falles festzustellen (134 ff., 146 ff.).

Die Vorschriften des § 1362 bedeuten eine Durchbrechung der Regel des § 1006 insofern, als im Falle und Wirkungsbereiche des Abs. 1 der Besitz oder Mitbesitz der Frau, im Falle und Wirkungsbereiche des Abs. 2 der Besitz oder

Mitbesitz des Mannes die Eigenthumsvermuthung für den Besitzer oder Mitbesitzer nicht begründen soll. Insoweit wird also die Vermuthung des § 1006 durch die des § 1362 überwunden. Wird aber darüber gestritten, ob das Eigenthum einer Sache den Eheleuten oder einem Dritten zusteht, so tritt die Vermuthung des § 1006 wieder in Wirksamkeit (155, 156 und Note 70).

Die Vermuthung des § 1362 Abs. 1 wirkt nur zu Gunsten der Gläubiger — auch vorehelicher Gläubiger — des Ehemanns, nicht aber zu Gunsten des Mannes selbst im Verhältnisse zu seiner Frau oder deren Gläubigern. Haben diese Sachen, die sich im Gewahrsam der Frau befanden, pfänden lassen und erhebt der Mann die Widerspruchsklage, so kann er sich auf § 1362 Abs. 1 nicht berufen, sondern muß sein Eigenthum nachweisen (anderer Ansicht Seuffert, Gruchots Beitr. **43** 145). Die Vermuthung wirkt ferner nicht zu Gunsten solcher Dritter, die, ohne Gläubiger zu sein, ein Interesse haben, das Eigenthum des Mannes geltend zu machen (150, 151).

2. Frey, SächsA. **10** 456. Dem Manne ist der Schutz der Vermuthung genommen, er ist auf seine Gläubiger übertragen, so daß diese nunmehr in der That mehr Rechte genießen, als derjenige hatte, von dem sie solche ableiten. Es sind ferner aus einer gesetzlichen Vermuthung zwei geworden: auch der Ehefrau steht, wennschon in geringerem Umfange, nunmehr eine solche unmittelbar für diejenigen Sachen zu, die seither von der Vermuthung für den Ehemann nur ausgenommen waren. Als selbstverständlich muß wohl angenommen werden, daß die Vermuthung zu Gunsten der Ehefrau auch nur solche Sachen umfassen soll, von denen bei der Vermuthung für die Gläubiger des Ehemanns in Abs. 1 die Rede ist: bewegliche Sachen im Besitz eines der Ehegatten. Man kann also nicht, wie nach dem Wortlaute möglich wäre, z. B. der Frau den Beweis ihres Rechtes erlassen, wenn sie auf Herausgabe eines zu ihrem persönlichen Gebrauche bestimmten Gegenstandes gegen einen Dritten klagt. Dann kommt sie nicht als Ehefrau in Betracht, und die ganze gesetzliche Vorschrift hat nur den Zweck, eine Grenzlinie zwischen dem Vermögen von Ehegatten zu ziehen.

Die praesumptio Muciana tritt hauptsächlich auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung in Wirksamkeit. Sie bestimmt, was von den im Besitz eines Ehegatten befindlichen Sachen bis zum Beweise des Gegentheils zum Vermögen des einen oder anderen Gatten „gehört", d. h. sich in dessen Eigenthum befindet. Während der Regel nach der Gewahrsam (Besitz) anzeigt, zu wessen Vermögen eine Sache des Schuldners gehört, die der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen beabsichtigt, macht das Gesetz bei Ehegatten die Ausnahme des § 1362, wonach in diesen Fällen der Gewahrsam für die Eigenthumsfrage nicht maßgebend ist. Dagegen ist ohne Ausnahme weitere Voraussetzung des direkten Zugriffs nach §§ 808 ff. CPO. noch der Gewahrsam des voraussetzlichen Eigenthümers.

Die praesumptio Muciana kann andererseits nicht als widerlegt angesehen werden, wenn Umstände thatsächlicher Art nahe legen, daß sie im vorliegenden Falle nicht zutrifft. Sie ist nur im Rechtswege widerleglich.

Vgl. Francke, Buschs Z. **29** 86.

3. a) OLG. **2** 220 (KG.). Es besteht eine Vermuthung dafür, daß alle innerhalb der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Gegenstände, mit Ausnahme der zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten, im Besitze des Ehemanns sich befinden. Dies gilt auch für den Fall, daß die Ehewohnung von der Frau allein gemiethet ist. Nur wenn sie die Ehewohnung allein bewohnte und der Ehemann vom Besitz ausgeschlossen wäre, würde die Frau auf Grund der §§ 808, 809 CPO. der Zwangsvollstreckung zu widersprechen in der Lage sein.

RG. Seuff. A. **55** 250. An der Vermuthung des § 1362 wird dadurch nichts geändert, daß die Ehefrau die Wohnung gemiethet hat, es sei denn, daß sie dieselbe allein bewohnt und ihr Ehemann von deren Besitz ausgeschlossen ist. Es kann demnach auf Grund eines gegen den Ehemann allein ergangenen vollstreckbaren Urtheils das gesammte in der Ehewohnung vorhandene Vermögen gepfändet werden, soweit es nicht zum ausschließlichen Gebrauche der Frau dient, oder aus besonderen Gründen, insbesondere bei auf den Namen der Frau lautenden Schuldurkunden, als in ihrem alleinigen Gewahrsam befindlich oder ihr gehörig anzusehen ist.

b) AG. I Berlin, KGBl. **00** 4. Die Vermuthung greift in dem Falle nicht durch, wenn eine Ehewohnung nicht besteht und die Frau befugter Weise vom Manne getrennt lebt, so daß eine Pfändung auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen den Ehemann in der Wohnung der widersprechenden Frau unzulässig ist. Vgl. LG. Metz, R. **01** 311.

OLG. Hamburg, DJZ. **02** 324. Der Gläubiger des Mannes, welcher, gestützt auf die Vermuthung von § 1362, der Ehefrau gehörige Sachen gepfändet hat und die Freigabe von der Glaubhaftmachung des Eigenthums der Ehefrau abhängig macht, handelt auf seine Gefahr, weshalb er die der Ehefrau entstehenden Kosten zu tragen hat.

c) OLG. Dresden, Seuff. A. **57** 456. Eine Nähmaschine bildet einen Gegenstand des Hausgeräths und gilt nicht als ein ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmtes Arbeitsgeräth.

Sechster Titel.

Eheliches Güterrecht.

Schröder, Ehel. Güterrecht, 3. Aufl. — Dorst, Ehel. Güterrecht unter Berücksichtigung der Abweichungen vom französischen Rechte. — Betzinger, Güterrechtstabelle.

I. Gesetzliches Güterrecht.

Ullmann, Gesetzl. ehel. Güterrecht in Deutschland. — Meyer, Gesetzl. Güterrecht, Seuff. Bl. **64** 9ff. — Rosenbusch, Ehel. Güterrecht nach BGB., DNotVZ. NF. **1** 61ff.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1363. Eingebrachtes Gut werden auch die nicht übertragbaren Rechte der Ehefrau. Ullmann 16, dagegen Oertmann, A.bürg.R. **20** 100.

§ 1364. Auch bei Bestätigung oder Genehmigung der anfechtbaren Ehe verwandelt sich der nach § 1426 eingetretene Güterstand der Gütertrennung nicht ohne Weiteres in den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung; hierzu bedarf es eines Ehevertrags. Ullmann 17.

§§ 1365ff. Salamonski, Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande. Berlin 1901.

§§ 1365—1371. Auch das gesetzliche Vorbehaltsgut muß in das Güterrechtsregister eingetragen werden, oder die Vorbehaltseigenschaft dem Dritten bekannt sein, damit der Schutz des § 1435 für die Ehefrau entsteht. Winter, CBlFrG. **1** 434ff., Jastrow II 218, Ullmann 15, Planck, Endemann, Neumann, Kuhlenbeck, Schmidt-Habicht. Abweichend: Enneccerus-Lehmann 301, Schröder 22[3], Salamonski 50 schließen das Frauengeräth aus. Götze, CBlFrG. **1** 892 schließt dasjenige durch Surrogation (§ 1370) neu entstehende Vorbehaltsgut aus, welches nicht dauernd als Vorbehaltsgut erhalten bleibt. Ueber die praktische Durchführbarkeit der Eintragung vgl. Winter a. a. O., Endemann 729[39].

Ob ein Dritter, welchem das Vorliegen der thatsächlichen Voraussetzungen der gesetzlichen Vorbehaltseigenschaft bekannt ist, damit auch die Vorbehaltseigenschaft selbst kennt, ist Thatfrage. Neumann 1371 3.

§ 1367. 1. Selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Ehefrau. Frankenberger, Holdheims MSchr. 8 68 ff., Staub, HGB. 28 ff., Schefold, A.civPr. 91 142 ff., Buchka, DJZ. 01 421 ff., Gombert, Die Erwerbsfrau (Diss.), Pitsch, Rechtsstellung einer Ehefrau, welche selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt (Diss.), Zschimmer, Goldschmidts Z 52 489 ff., Hoffmann (Diss.), gleicher Titel wie Pitsch.

2. Selbständiger Betrieb ist Betrieb im Namen der Ehefrau. Endemann 727, Staub 31, Ullmann 6, Neumann, Salamonski 28, Pitsch 8. Ebenso OLG. 4 341 (Dresden), Seuff. A. 57 146. Selbständig nicht gleich selbstthätig. Selbständiger Betrieb auch vorhanden, wenn Ehefrau Handelsgesellschafterin, die nicht zur Vertretung berechtigt. Abweichend: Betrieb unter Leitung der Ehefrau: Schefold 143, Cosack, Handelsrecht 53 ff., Opet § 1367 3, Schmidt und Habicht. Noch weitergehend Zschimmer, Goldschmidts Z. 52 490 ff.: Selbständiger Betrieb nur dann vorhanden, wenn das Handelsgeschäft als solches Vorbehaltsgut.

Gombert, Hoffmann fassen Erwerbsgeschäft auf als jede Erwerbsthätigkeit, die mit der Absicht einer dauernden Erwerbsquelle ausgeübt wird; vgl. dagegen Ullmann 4 ff., Opet zu § 1367.

3. Ullmann 41 nimmt an, daß auch der Ehemann im Namen der Ehefrau auf Grund seines Verwaltungsrechts das eingebrachte Erwerbsgeschäft betreiben könne. Staub a. a. O., Opet, Zschimmer a. a. O. verneinen, ersterer, weil dem Ehemanne die Befugniß fehle, letztere, weil dann unselbständiges Erwerbsgeschäft vorliege.

4. Das Erwerbsgeschäft als Ganzes bleibt eingebrachtes Gut. Frankenburger 68. Hachenburg, Vorträge 392 und Düringer-Hachenburg, HGB. 11 nehmen an, daß die Betriebskapitalien Vorbehaltsgut werden. Dernburg, DJZ. 02 465 ff. erklärt gegen die Kommentare alle dem Erwerbsgeschäfte bestimmten Sachen für Vorbehaltsgut, weil der Ehemann an dem Erwerbe durch sie keine Nutznießung hat.

5. Bei selbständigem Betrieb ist das Verwaltungsrecht des Mannes dem der Frau untergeordnet. Cosack, BR. 455. Dagegen Salamonski 30, Ullmann, JW. 02 49.

6. Selbständiger Betrieb, wenn die Ehefrau Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft wird. Ullmann, JW. 02 49 ff.

a) Erwerb im Sinne des § 1367 ist in diesem Falle nicht etwa das Kapitalkonto der Gesellschafterin, sondern der Betrag, den die Frau bei der Auseinandersetzung verlangen kann. Erwerb ist stets der Betrag, welchen der Gesellschafter nach § 122 HGB. abheben kann. Ullmann a. a. O. 53.

b) Erwirbt die Ehefrau das Gesellschafterrecht durch Erbgang, so hat der Mann die Erklärung auf Einräumung des Rechtes einer Kommanditistin abzugeben, bedarf aber der Zustimmung der Frau, welche evtl. zu ergänzen ist (§ 1379). Ullmann a. a. O. 51.

c) Verweigerung der ehemännlichen Genehmigung zur Fortführung ist kein Kündigungsgrund für die anderen Gesellschafter. Ullmann a. a. O. 50.

d) Die Genehmigung umfaßt zwar alle Abänderungen des Gesellschaftsvertrags und die Veräußerung der Gesellschaft, nicht aber Umwandlung in eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ullmann a. a. O. 54.

§ 1368. Das gegenwärtige Frauenvermögen unter Ausschluß des zukünftigen kann nicht zum Vorbehaltsgute bestimmt werden. Ullmann,

Güterrecht 8/9. Dagegen hält Schröder 17 dies für zulässig, erklärt aber den Vorbehalt allein des zukünftigen Vermögens für unwirksam.

§ 1369. Die Bestimmung einer Zuwendung als Vorbehaltsgut gewährt diese Eigenschaft nur dann, wenn sich der Erwerb während der Ehe vollzieht. War der Erwerb vor der Ehe vollendet, so wird die Zuwendung eingebrachtes Gut. Ullmann 11, Planck, Schmidt und Habicht; vgl. auch Feisenberger zu § 1520.

Abweichend erklären den Erwerbszeitpunkt für gleichgültig: Mantey, Gruchots Beitr. **43** 833, Staudinger, Salamonski 16.

Gegen Ehrlich 206 läßt Opet die vertragliche Bestimmung des Vorbehaltsgutes der §§ 1366, 1367, 1369 zu eingebrachtem Gute zu.

§ 1370. Der Wandelungsanspruch bezüglich solcher Gegenstände, die als Vorbehaltsgut angeschafft werden, kann vom Ehemanne nicht geltend gemacht werden. KGBl. **02** 107.

2. Verwaltung und Nutznießung.

Schilling, Rechtl. Charakter der ehelichen Nutznießung im BGB., A.bürgR. **19** 251 ff. Der Verfasser entwickelt und begründet in historischer, vom Rechte des Sachsenspiegels ausgehender Darlegung den dinglichen Charakter des Rechtes.

§ 1373. Oertmann, Das Besitzrecht der Frau, Iherings J. **44** 207 ff.

1. Rechtsstellung der Ehefrau zu dem Besitze des Ehemanns s. vor allem o. Ziff. 2 c zu § 868.

a) Frau ist mittelbare Besitzerin. Planck, Neumann, Kuhlenbeck, Opet, Schilling 338, Oertmann 214 ff.

b) Mann ist Alleinbesitzer, Frau hat keinen mittelbaren Besitz. Endemann 731, Ullmann, Güterr. 20, A.civPr. **92** 306 ff., Staudinger.

c) Frau ist Besitzdiener. Enneccerus-Lehmann 303; vgl. Feisenberger, SächsA. **10** 561.

2. Zur eigenmächtigen Inbesitznahme der im Gewahrsam der Frau befindlichen Illaten ist der Mann nicht befugt. Ullmann 21, Neumann, Endemann 732, Oertmann a. a. O.

Abweichend geben Lehmann 303, Schröder 24, Staudinger, Feisenberger a. a. O. dem Manne diese Befugniß.

§ 1374. 1. Die freie Verwaltungsmacht des Mannes (§ 1374) umfaßt alle thatsächlichen Maßnahmen, so z. B. Substanzveränderungen. Ullmann 21, Feisenberger 564, Opet, Cosack 439; vgl. auch Scherer, R. 153, 749 ff.

Dagegen unterstellen Jastrow, Buschs Z. **25** 133, Staudinger § 1375⁴ die thatsächlichen Verfügungen dem § 1375.

2. Aus Verwaltungshandlungen, die der Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau vornehmen darf, haftet die Frau gemäß § 278, wenn sich eine Verpflichtung an das Bestehen eines von ihm herbeigeführten Zustandes (z. B. einer Bereicherung) knüpft, oder soweit es sich um die Erfüllung oder Nichterfüllung von Verbindlichkeiten handelt. Dagegen wird die Frau nicht schadensersatzpflichtig, wenn der Mann eine gesetzliche Pflicht in einer Angelegenheit unterläßt, deren Besorgung ihm obliegt. Knitschky, MecklZ. **18** 125 ff.

Satz 2. Das Recht der Frau auf Auskunftertheilung ist nicht durch § 1394 zeitlich beschränkt. Ullmann 159 ff. gegen Planck § 1374², § 1394².

§ 1375. Ullmann 28, Planck, Staudinger nehmen an, daß der Ehemann die Ehefrau durch obligatorische Rechtsgeschäfte verpflichte, falls sie zustimmt, oder ihre Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 1379 bewirkt wird. Nach Neumann Handausg. Note A I² schließt § 1375 den Ersatz der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht aus. Ebenso Hellwig, Anspruch 300.

§ 1376. Der Ehemann kann eingebrachte Forderungen weder kündigen, noch auf Zahlung an ihn klagen. Er kann trotz des § 1380 nur, falls sie fällig sind, auf Zahlung an ihn und die Frau oder auf Zahlung an ihn unter Zustimmung der Frau klagen. Schilling 333, Schmidt und Habicht, Neumann, Haas, Gruchots Beitr. **45** 30, CBlFrG. **2** 267 (KG.); **RG.** DJZ. **02** 224.

Abweichend gestatten Endemann 733, Scherer 98 dem Manne die Kündigung.

§ 1379. Die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten wird eingehend behandelt von Jastrow, Buschs Z. **25** 126.

Ergebnisse:

1. Die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts kann durch Ehevertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden (129).

2. Die Befugniß des Vormundschaftsrichters nach § 1379 beschränkt sich auf die Ersetzung der Zustimmung zu Rechtsgeschäften. Thatsächliche Substanzveränderungen unterliegen nicht der Bestimmung des § 1379, obwohl sie von dem Verbote des § 1375 betroffen werden. Auf die Zustimmung der Frau zu solchen Akten muß also der Mann im ordentlichen Rechtswege klagen (136). Die Kompetenz umfaßt auch nicht die Ergänzung der Form bei formloser Zustimmung der Frau, die sich weigert, ihren Konsens schriftlich oder notariell zu ertheilen (144).

3. Voraussetzungen der Genehmigung nach § 1379.

a) Das Geschäft muß zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sein. Pekuniärer Vortheil reicht nicht aus.

OLG. **1** 383 (BayrObLG.). Der Ehemann wollte die ihm zustehende Hälfte einer für beide Eheleute eingetragenen Hypothek zur Bezahlung eigener Schulden verwenden. Mit der Begründung, daß die Veräußerung der ganzen Hypothek vortheilhafter ausführbar sei, als die Weiterbegebung seiner Hälfte, beantragte der Ehemann gerichtliche Ergänzung der von seiner Ehefrau zur Veräußerung der Hypothek verweigerten Genehmigung, indem er sich zur Sicherstellung des Antheils seiner Frau erbot. Der Antrag war abzuweisen, da die Veräußerung vom Standpunkte der Ehefrau nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Eingebrachten erforderlich war.

b) Der Mann muß der Zustimmung bedürfen. Ist er selbständig befugt, so hat er keinen Anspruch auf Ersetzung der Zustimmung.

c) Grundlose Weigerung der Frau oder Krankheit und Abwesenheit der Frau bei Gefahr im Verzuge.

4. Der Mann hat die Beweislast für diese Voraussetzungen.

5. Auch bei Erfüllung der Voraussetzungen hat der Mann keinen Anspruch auf Ersetzung. Es entscheidet stets das billige Ermessen des Richters.

6. Die Entscheidung des Richters kann dem Rechtsgeschäfte vorausgehen oder folgen.

Vgl. zu 3c Schultheis, Vormundschaftsrichter:

Grundlos ist die Weigerung immer, wenn ein Dritter auf Abschluß des Geschäfts ein Recht hat (290).

Abwesenheit der Frau ist kein Grund, falls die Frau einen gesetzlichen Vertreter hat, oder ein solcher bestellt werden muß oder bestellt werden kann (292).

Schließt der Mann Namens der Frau ohne deren Genehmigung einen Vertrag ab, so kann der Gegenkontrahent die Frau mit der Wirkung des § 177 Abs. 2 zur Erklärung auffordern. Innerhalb der zweiwöchigen Frist muß der

Mann die Zustimmung oder die vormundschaftsgerichtliche Verfügung dem **Dritten mittheilen**, wenn der Vertrag wirksam werden soll. Schultheis 293.

§ 1380. **Meikel, Rechtsstreitigkeiten** von und gegen Ehegatten, **Seuff. Bl. 65** 67. Haas, **Gruchots** Beitr. **45** 29 ff., Gerichtliche Geltendmachung **der zum** eingebrachten **Gute** gehörigen Rechte. Ullmann, Zur Auslegung **des** § 1380 A.civPr. **91** 389 ff.

1. Im Namen der Frau kann der Mann auf Grund des § 1380 **nicht klagen**, sondern nur auf Grund Vollmacht der Frau. Haas 37, **Meikel** 158, **Ullmann** 36. Abweichend Planck Note 3.

2. Der Ehemann hat neben dem Rechte aus § 1380 noch die actio confessoria **aus** seinem **dinglichen** Nutzungsrechte. Schilling 334, Meikel 154.

3. Nach Beendigung des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts **können der Mann** oder dessen Erben den **Prozeß**, aber nur wegen der Kosten **fortsetzen**, **nicht die** Frau. Ullmann, a. a. O. 405, Meikel, Seuff. Bl. **67 215**. **Ebenso** Haas a. a. O. 35 ff., Hellwig, Anspruch und Klagrecht 330 **ff. für den Fall**, daß der Mann zur **Verfügung** der Zustimmung der Frau **bedarf**; **für den** Fall des § 1380 Satz 2 lassen sie die Frau den **Prozeß fortsetzen**. **Hellwig**, nach § 242 CPO., Haas, ohne Unterbrechung.

§ 1380. Satz 2. 1. Das Urtheil ist für und gegen die Frau wirksam.

a) Aus einem Urtheile, mit dem der Mann obsiegt, kann die Frau **nicht vollstrecken**, auch nicht als Rechtsnachfolgerin, sie hat nur die exceptio judicati. **Meikel**, Seuff. Bl. **65** 156, 67 214, **Ullmann**, A.civPr. **91** 393 ff.

Haas a. a. O. 38 giebt der Frau die Vollstreckungsklausel aus § 727, **731 CPO.**

b) Aus einem die Klage des Mannes abweisenden Urtheil ergiebt **sich die exceptio** rei judicatae der Frau gegenüber, für die Kosten haftet nur **der Mann**, nicht die Frau. Ullmann a. a. O. 397.

Abweichend giebt Haas 38 **dem Gegner** auch die Vollstreckung **in das eingebrachte** Gut.

2. **Wirksamkeit des Urtheils** für und **gegen die Frau** ist auch **dann ausgeschlossen**, wenn **es** sich um Rechte **handelt**, über die der Mann nicht **zu verfügen berechtigt** ist, selbst wenn die Frau ihre Zustimmung ertheilt hat **oder dieselbe** ersetzt ist. **Ullmann a. a. O.** 398, **Enneccerus-Lehmann 305**, **Meikel**, Seuff. Bl. **65** 158, Neumann, Schmidt-Habicht. **Abweichend Hachenburg** 416, **Hellwig**, Anspruch 307.

Die Ergänzung der Zustimmung der Frau **durch** das Vormundschafts**gericht zur gerichtlichen Geltendmachung** eines zum eingebrachten **Gute gehörigen Rechtes ist unzulässig**. Schröder 37, **Meikel** 157, Opet.

§§ 1381, 1382. Thiele, Surrogation nach §§ 1381, 1382 in A.civPr. **91** 1—75.

§ 1381. 1. **Mittel** sind alle zum Eingebrachten wirthschaftlich gehörenden **Gegenstände** und Rechte. Doch ist Belastung des Eingebrachten mit einer **obligatorischen** Schuld **kein** Erwerbsmittel. Thiele 17 ff., 26. **Vgl.** auch **Opet** N. 2 a.

2. Substanzverminderung und Erwerb müssen im Verhältnisse von **Leistung und Gegenleistung** zu einander stehen. Ersatzleistung genügt nicht. **Thiele** 28 ff.

3. Falls die Mittel zum Theil aus dem Eingebrachten, zum **Theil vom Manne** herrühren, entsteht Miteigenthum. Thiele 39, ebenso **Neumann**. **Nach Planck**, Habicht-Schmidt, Opet entscheidet die Intention **des Mannes**, **wer** Eigenthümer wird.

4. Abweichend von den Kommentaren will Windmüller „**die Bedeutung und** Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res ....“

43 ff. die Mittel nicht nach wirthschaftlichen Grundsätzen wie bei § 45 KO., sondern nach rein juristischen Grundsätzen bestimmen, so daß Erwerb der Frau nach § 1381 ihr unter Umständen nicht den Aussonderungsanspruch gewährleisten soll.

W. verlangt zur Vollziehung des Erwerbes, daß die betreffende Verfügung des Ehemanns der Frau gegenüber wirksam ist.

5. Nach **Windmüller** a. a. O. 53 ergiebt der Rechtserwerb aus § 1381 nicht die Einordnung in das Eingebrachte, diese regelt sich nach §§ 1363 resp. 1366.

§ 1381 Abs. 2. Erwerb durch cessio legis fällt nach **Thiele**, **Kuhlenbeck**, **Opet** auch unter die Surrogation, **Windmüller** schließt ihn, als nicht rechtsgeschäftlichen, aus (a. a. O. 41 ff.).

§ 1382. 1. Ersatzanschaffungen, aber keine Neuanschaffungen, unterliegen der Surrogation. Zeit der Einbringung des alten Stückes und Werth der Anschaffung ist gleichgültig. **Thiele** 50 ff.

2. Für den Konkurs genügt § 1382 nicht zur Erfüllung des § 45 KO. **Thiele** 69, **Neumann**, **Schmidt-Habicht**, **Opet**, **Kleinfeller** zu § 45 KO. Abweichend: **Planck**, **Schröder** 23.

§ 1383. 1. Auf das Nutznießungsrecht des Mannes findet § 1038 keine Anwendung. **Ullmann** 39, **Schmidt** und **Habicht**. Abweichend: **Planck**, **Staudinger**, **Opet**, **Scherer** 99.

2. Das Altentheilsrecht der Ehefrau untersteht der Nutznießung des Mannes, daher sind einzelne fällige Leistungen der Pfändung seitens der Mannesgläubiger unterworfen. Ehefrau hat keine Widerspruchsklage, sondern nur, falls ihr Unterhalt geschmälert, auf Grund der §§ 1384—1387 BGB. und §§ 766, 861 CPO. eine Remonstration. OLG. **1** 242 (KG.).

Vgl. Note 4 zu § 1411.

3. Wenn der Ehemann das Eingebrachte als Hypothek auf seinem Grundstück anlegt, so können Zinsen für die Frau nicht eingetragen werden, weil darin ein Verzicht auf die Nutznießung läge, und dieser Verzicht einen Ehevertrag erfordert. OLG. **5** 293 (KG.).

§ 1384. 1. Zu den Kosten der Erhaltung der zum eingebrachten Gute gehörigen Gegenstände sind unter Umständen auch die Kosten der Anschaffung von Ersatzstücken für abgängig gewordene Stücke zu rechnen. **Ullmann** 84.

2. Schenkungsverpflichtungen persönlicher Natur, welche nicht mit Rücksicht auf bestimmte Leistungen für das Verwaltungsvermögen, sondern aus besonderem Anlaß oder auf Grund persönlicher Beziehungen zu erfüllen sind, fallen dem Ehegatten allein zur Last, in dessen Person die Verpflichtung gegeben ist. **Süßheim**, JW. **01** 745.

§ 1385 Nr. 2, **§ 1386.** Die Verpflichtung des Mannes, die Hypothekenzinsen zu bezahlen, richtet sich nach § 1386, nicht nach § 1385 Nr. 2. **Ullmann** 85, **Schmidt-Habicht**, **Planck**. Abweichend: **Staudinger**, der sie ganz, **Neumann**, der die dingliche Verpflichtung dem § 1385 unterstellt.

§§ 1387, 1402, 1412, 1416. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns im Ehescheidungsprozeß. Einstweilige Verfügung.

I. Das Reichsgericht bejaht in fortdauernder Praxis die Verpflichtung des Ehemanns, aus **eigenem** Vermögen die Kosten vorzuschießen und zwar auf Grund des § 1387. Dieser stelle als **Regel** die Kostenpflicht des Mannes fest, § 1416 Abs. 1, § 1387 Schlußsatz stehe nicht entgegen, weil noch nicht feststehe, ob das Vorbehaltsgut die Kosten tragen werde.

Die Ableitung aus der Unterhaltspflicht lehnt das Reichsgericht ab, die einstweilige Verfügung giebt es nach § 940 CPO. RG. **47** 72, JW. **00** 837,

DJZ. **01** 111, **RG.** JW. **00** 850, Gruchots Beitr. **45** 1021, JW. **01** 274. 735; für Alimentationsprozesse vgl. JW. **00** 868.

In gleicher Weise bejahten beide Fragen JW. **00** 599 (KG.) Erler, Ehesch.R. 206 und R. **01** 441, Mittelstein, DJZ. **00** 160, Meikel, Seuff. Bl. **65** 186, Planck, Kuhlenbeck, Scherer 91.

Die Frau hat auch Anspruch auf den Vorschuß, wenn dem Manne das Armenrecht bewilligt ist Seuff. A. **57** 145, OLG. **4** 84 (KG.), Wolff, R. **03** 76, R. **03** 80 (Naumburg).

II. Nur aus der Unterhaltspflicht bejaht Meyerhoff, JW. **00** 690 ff. Gegen die Motive nimmt er als Resultat einer Umfrage an, daß bisher die Vorschußpflicht Ausfluß der Alimentationsverbindlichkeit gewesen, und gewährt das Recht auf Vorschüsse, soweit sie zum standesmäßigen Unterhalte gehören.

III. Die Verpflichtung aus dem eigenen Vermögen des Mannes wird verneint, dagegen die Verpflichtung, aus dem Eingebrachten den Vorschuß zu gewähren, bejaht, auch eine einstweilige Verfügung zugelassen. Ullmann 96 und A.civPr. **92** 288 ff., der hier aus der Entstehungsgeschichte den Satz des Reichsgerichts, daß § 1387 die Regel bilde, bekämpft. Ebenso Seuff. A. **55** 411 (Kiel), Seuff. A. **56** 451 (Celle), OLG. **1** 29, 269 (Naumburg), OLG. **1** 24 ff. (Oldenburg), Fleischmann, R. **00** 151, Barre daselbst 204, Azhausen, JW. **00** 382 ff., Schmidt und Habicht, vgl. auch OLG. **1** 275 (Karlsruhe), 21 (KG.).

IV. Die Kostenvorschußpflicht aus eigenem Vermögen wird verneint, die einstweilige Verfügung zur Erwirkung des Vorschusses aus den Illaten abgelehnt, die Frau nur auf den vormundschaftsgerichtlichen Beschluß (§ 1402) verwiesen, welcher sie selbst zur Verfügung über das Eingebrachte zum Zwecke der Geldmittelbeschaffung ermächtigt. Seuff. A. **56** 51 (Jena), Bürck, JW. **00** 269, 337, Marwitz, DJZ. **00** 43, Davidson, DJZ. **00** 160 und Ehescheidung 17, Schaefer, HansGerZ. **00** Beil. 10, Wieruszowski, R. **00** 370, Neumann, Endemann 744, Aal, JW. **02** 561.

OLG. Oldenburg (zu III) läßt diesen Weg neben der einstweiligen Verfügung zu.

V. Forum der einstweiligen Verfügung. **RG.** zu I nimmt Zuständigkeit des Ehescheidungsgerichts an, ebenso Naumburg zu III; vgl. dagegen OLG. **1** 81 (Cöln) (für Gütergemeinschaft), Opet Note 8 zu § 1387.

§ 1388. 1. Soweit der Ehemann für die Kosten des Prozesses haftet, ist der Ehefrau das Armenrecht nur zu gewähren, wenn sie darthut, daß auch der Ehemann zur Bestreitung der Prozeßkosten aus eigenem Vermögen außer Stande ist. OLG. **1** 56 (Breslau).

2. Auf die aus § 1388 sich ergebende Verbindlichkeit des Mannes finden die §§ 421—425 Anwendung, während § 426 nicht anwendbar ist, weil nach gesetzlicher Vorschrift der Mann der Frau gegenüber allein haftet. Ullmann 95, vgl. Neumann Note 3.

3. Dem Anwalte, der die Ehefrau im Prozesse vertritt oder vertheidigt, haftet neben der Ehefrau der Ehemann als Gesammtschuldner. Walter-Joachim, GO. 33.

§ 1389. Auch Aufwendungen für Dritte können unter den Begriff des ehelichen Aufwandes fallen. Ullmann 100, Neumann Note 1, a. A. Schmidt-Habicht 2.

§ 1395. 1. Die Beschränkung der Ehefrau ist eine solche der Geschäftsfähigkeit, keine sogenannte relative Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892. So abweichend von der allgemeinen Meinung Jeppe, Z. f. Elf. Lothr. **01** 261 ff.

2. Die Ehefrau kann den Antrag auf Aufhebung einer Gemeinschaft für ihr eingebrachtes Gut nur mit Zustimmung des Ehemanns stellen. So für Theilungs-

subhastation **Naumburg**, CBlFrG. **2** 342, für gerichtliche Erbtheilung **Josef**, FrG. zu § 8.

3. Die Ehefrau bedarf zur Eintragung einer Hypothek auf eingebrachtem Grundstücke zu Gunsten des Ehemanns nicht dessen Zustimmung, ebensowenig zur Bewilligung der pfandfreien Abschreibung von Parzellen zu Gunsten des Ehemanns von einem Grundstück, auf dem für sie eine Hypothek eingetragen steht. KGJ. **23** A 240, OLG. **4** 193 (KG.).

4. Verpflichten sich Eheleute gemeinsam in einer Urkunde als Gesammtschuldner, so bedarf es keiner weiteren Einwilligung des Mannes zu der in der Urkunde vorgenommenen Verfügung (Verpfändung) der Frau über das eingebrachte Gut. OLG. **1** 343 (KG.).

5. Die Verfügungen der Frau über das eingebrachte Gut sind auch im Betrieb eines unkonsentirten Erwerbsgeschäfts dem Manne gegenüber unwirksam. Es haben dann auch die Gläubiger der Frau keinerlei Rechte bezüglich dieses Vermögens. **Frankenburger** a. a. O. 68.

§ 1398. 1. Die mangelnde Einwilligung wird durch nachträgliche Genehmigung des Mannes nicht ersetzt. OLG. **4** 193, 492 (KG.).

2. Auf die Zustimmung findet § 111 S. 2, 3 BGB. entsprechende Anwendung. **RG. 50** 212, Seuff. A. **57** 316, JW. **02** Beil. 189.

§ 1400. Prozesse der Ehefrau. Litr. vgl. **Meikel**, **Haas** zu § 1380 a. a. O., **Aronius**: Im ehelichen Beistand in Gruchots Beitr. **45** 253, **Ullmann**, A.civPr. **92** 298 und 306, **Grünwald**, R. **01** 60.

1. § 1400 Abs. 1 bezieht sich auf **alle** vermögensrechtlichen Prozesse der Ehefrau. **Meikel** 170 ff. Weitergehend: Abs. 1 umfaßt alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Statusklagen ꝛc. **Aronius** 254.

Meikel 172 unterstellt auch die Prozesse der Frau gegen den Mann dem § 1400, hält dies aber für bedeutungslos.

2. Da Abs. 2 sich nur auf Aktivprozesse der Frau bezieht, so kann sie ohne Zuziehung des Mannes allein verklagt werden. **Meikel** 170 ff., **Aronius** a. a. O. OLG. **2** 219 (Kiel). Wird der Ehemann mitverklagt, so ist er nicht nothwendiger Streitgenosse OLG. **2** 209 (KG.). Wegen der Vollstreckung vgl. zu § 1411, wegen der Kosten zu § 1412.

3. Der Ehemann kann mitverklagt werden auf Duldung

a) im Wechselprozesse. **RG. 50** 51, DJZ. **02** 151, abweichend **Stobbe**, DJZ. **02** 99;

b) auch wenn nur gegen die Ehefrau ein ausschließlicher, vom allgemeinen Gerichtsstande des Mannes verschiedener Gerichtsstand begründet ist. OLG. **5** 129 (Dresden).

§ 1400 Abs. 2. 1. Von Amtswegen ist zu prüfen, ob der Ehemann die Zustimmung ertheilt hat. **Meikel**, Seuff. Bl. **65** 172, **Haas** a. a. O. 41, **Aronius** 259, **Meyer**, Seuff. Bl. **64** 66, ebenso **Endemann**, **Hellwig**, Anspruch 313, **Neumann**, **Planck**, **Schmidt** und **Habicht**; vgl. auch JW. **01** 137 (RG.).

Abweichend nehmen an, daß der Mangel nur als Einwand zu betrachten sei; **Ullmann** 59 und A.civPr. **91** 393 ff., **Grünwald** R. **01** 60, **Hachenburg** 417, **Immerwahr**, DJZ. **02** 245.

2. Nachträgliche Genehmigung wird durchweg zugelassen; vgl. **Grünwald**, **Neumann**, **Ullmann**, **Scherer**, **RG. 50** 214, abweichend **Meikel** 173.

3. Die Zustimmung des Ehemanns zur Prozeßführung umfaßt gesetzlich die Ermächtigung zur Bestellung eines Anwalts mit den Befugnissen des § 81 CPO., aber nicht die Ermächtigung der Ehefrau zum Verzichte, Vergleiche, Anerkennung, auch nicht zur Ertheilung einer hierauf erweiterten Prozeßvollmacht.

Ullmann, JW. 02 349 ff. Eine beschränktere Zustimmung hat die Wirkung des § 1400 nicht, nachträgliche Einschränkung ist wirkungslos. Ullmann a. a. O. 352, abweichend Meikel 173.

§ 1400 Abs. 2, **§ 1402.** Die Zustimmung des Mannes zur Prozeßführung kann nicht durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Meikel a. a. O. 171, Opet 172, abweichend: Planck, Schmidt und Habicht zu 1402, Jastrow, Buschs Z. 25 146, Schröder 31 für solche Klagen, die eine persönliche Angelegenheit der Frau betreffen.

§ 1401. Die Bestimmung setzt voraus, daß es sich um Rechtsakte, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Eingebrachten erforderlich sind, handelt, Opet; dagegen sieht von dieser Einschränkung ab OLG. 5 397 (Zweibrücken).

§ 1402 Nr. 1. Wegen des Verfahrens und der Voraussetzungen vgl. die Abhandlung von Jastrow zu § 1379. Das Verfahren ist für die Frau ungünstiger, weil sie einen Besitz des eingebrachten Gutes nicht hat; sie muß dann auf Herausgabe klagen. Jastrow a. a. O. 159 ff.

§ 1402. Persönliche Angelegenheit ist in erster Linie Beschaffung des Unterhalts. Schultheis 296, Jastrow 147 ff. Nicht dazu gehören Rechtsgeschäfte über die Substanz des Eingebrachten. CBlFrG. 1 979 (Berlin).

§ 1403. Abs. 1 bezieht sich nur auf Rechtsgeschäfte, die die Aktivbestandtheile des eingebrachten Gutes betreffen. Ullmann 66 ff.

§ 1404. 1. § 1404 geht dem Prinzipe des § 892 vor. Der Erwerber der Grundstücke, die auf den Mädchennamen der Frau eingetragen sind, wird nicht geschützt, selbst wenn er nicht wußte, daß die Frau verheirathet ist. Dorst 64, Feisenberger a. a. O. 556.

2. Eintragung der Gütertrennung in das Grundbuch des Grundstücks der Ehefrau ist unzulässig. CBlFrG. 1 772 (Leipzig), RJA. 3 161, OLG. 5 190, CBlFrG. 3 372 (KG.).

3. §§ 1404 und 366 HGB.:

§ 366 HGB. geht als handelsrechtliche Bestimmung dem § 1404 vor. Staub 1178; dagegen Teutsch, JW. 02 386: Soweit § 1404 eingreift, ist die Anwendung des § 366 ausgeschlossen, Dritter wird auch bei unverschuldeter Unkenntniß nicht Eigenthümer.

§ 1405. Vgl. Literatur zu § 1367.

1. Widerruf der Einwilligung ist stets zulässig. Staub 34, Frankenburger 68, Scherer 113, Düringer-Hachenburg 10. Dagegen lassen Verzicht auf den Widerruf zu: Cosack 54, Zschimmer, Goldschmidts Z. 52 506.

2. Der Ehemann hat ein Klagerecht auf Unterlassung des Geschäftsbetriebs. Schefold 154 gegen Staub.

3. Der Ehemann kann das Geschäft nicht eigenmächtig schließen. Staub und Schefold. Dagegen erlaubt dies Cosack, Handelsr. 50, vgl. auch Ullmann, JW. 02 50.

4. Gegen Staub 30, Schmidt und Habicht, Planck nimmt Ullmann JW. 02 54 an, daß für die Frage, welche Rechtsgeschäfte die konsentirte Handelsfrau abschließen darf, §§ 343 ff. HGB. nicht maßgebend sind.

Die Ehefrau als Gesellschafterin kann daher ohne Zustimmung des Ehemanns den Gesellschaftsvertrag abändern und auflösen. Vgl. OLG. 4 341 (Dresden) zu § 1367.

5. Verhältniß zu § 741 CPO. a) Vollstreckung bei konsentirtem Erwerbsgeschäfte (§ 741 CPO.). Die prozessuale Vollstreckung haben alle Gläubiger der Ehefrau, nicht nur die Geschäftsgläubiger. Ullmann 126, Feisenberger 593, Petersen zu 741. Schefold 149 verlangt, daß im Urtheil schon ausgesprochen ist, daß die Ehefrau das Erwerbsgeschäft betreibe.

b) § 741 schließt eine Mitverklagung des Ehemanns auf Duldung der Zwangsvollstreckung nicht aus. Petzold, JW. 02 335.

c) Zur Zwangsvollstreckung gegen die Frau in die im Besitze des Mannes befindlichen Gegenstände des eingebrachten Gutes wird ein vollstreckbarer Titel gegen den Mann erfordert von Planck DJZ. 00 80, Gaupp-Stein zu § 741 ZPO., Jolly A.civPr. 93 472. Abweichend Falkmann DJZ. 00 178.

§ 1407. § 1407 Nr. 1 bezieht sich auch auf Prozesse, die die Frau während der Ehe, aber vor dem Beginne der Verwaltung und Nutznießung angestrengt hat. Haas a. a. O. 41.

§ 1408. Halle erklärt abweichend von der allgemeinen Meinung die Ausübung des ehemännlichen Nießbrauchsrechts für übertragbar und pfändbar. Naumburger AnwZ. 00 13, vgl. dagegen Petersen, Struckmann-Koch zu § 861 CPO., Bernhardi, DJZ. 99, 56, 57, KGBl. 02 27.

§ 1409. Die Ehefrau als Vormund ihres Ehemanns hat trotz der Interessenkollision die Vertretung des Ehemanns auch im Bereiche des § 1395. KGJ. 22 A 142.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. § 739 CPO. 1. a. Jolly, A.civPr. 93 437 ff. entwickelt den Charakter der Duldungspflicht entgegen der von Hellwig, Anspr. 317 ff. aufgestellten Anschauung (akzessorische beschränkte persönliche Haftung) als eine unselbständige, nicht exequirbare Pflicht.

b) Auch die Gläubiger der Frau, denen nach § 1411 das eingebrachte Gut haftet, gelangen, abgesehen von dem Falle des konsentirten Erwerbsgeschäfts zur Vollstreckung nur auf Grund eines Urtheils gegen den Ehemann nach § 739 CPO., Jolly a. a. O.; so z. B. für die Löschung einer Vormerkung zur Sicherung eines Auflassungsanspruchs, der zum Eingebrachten gehörte. KGJ. 22 A 137 OLG. 3 4. (KG.).

c) Kosten dieses Prozesses muß der Ehemann bei Vorhandensein von eingebrachtem Gute auch dann tragen, wenn er sie anerkennt. Ullmann 125, Stobbe, DJZ. 02 98, Petzold, JW. 02 337, OLG. 2 295 (Dresden), KGBl. 02 105, OLG. 5 398 (KG.). Abw. Scherer 113.

d) Von der Rechtshängigkeit dieser Klage auf Duldung ab wird der Mann den Gläubigern gegenüber persönlich ersatzpflichtig für verwendete und veräußerte Nutzungen des Eingebrachten, selbst wenn er der Frau gegenüber zur Verwendung und Veräußerung befugt war. Linsmayer, Haftung wegen Benachtheiligung der Gläubiger 62—65.

2. Die Verurtheilung des Ehemanns als Gesammtschuldner zur Leistung ersetzt das Urtheil auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte nicht. Seuff. A. 56 37 (Dresden), Seuff. A. 56 163 (Breslau).

3. a) Pfändung der einzelnen Sachen im Gewahrsam des Mannes ist nach dem Urtheil auf Duldung nur möglich, wenn der Mann die Qualität als eingebrachtes Gut anerkennt oder zur Duldung der Vollstreckung in diese Sache verurtheilt ist. Pfändung des Anspruchs der Frau gegen den Mann auf Herausgabe dieses Gegenstandes ist mit Rücksicht auf § 1394 nicht angängig. Ullmann 128. Planck hält dagegen Pfändung dieses Anspruchs für geboten.

Hellwig, Anspr. 318 läßt auf Grund des Urtheils auf Duldung die Pfändung in alle im Besitze des Mannes befindlichen Sachen zu und giebt ihm nur die Intervention. Jolly, A.civPr. 93 459 ff. will schon vor der Pfändung mit der Klage auf Duldung eine Feststellungsklage auf Gewährung der Vollstreckung in die bestimmten Sachen verbinden.

b) Gegen die dem § 739 widersprechende Pfändung hat die Frau kein Rechtsmittel, der Ehemann, falls er im Besitz ist, die Rechte aus §§ 766, 771

CPO., falls die Frau im Besitze, nur die Intervention aus § 771. Jolly a. a. O. 466 ff.

4. Fällige Miethen eines eingebrachten Grundstücks können von den Gläubigern der Frau nicht beschlagnahmt werden, auch nicht bei konsentirtem Erwerbsgeschäfte. Die Rechte der Gläubiger nach § 1411 BGB. erstrecken sich auf diese Nutzungen nicht, weil sie der Mann bereits für sich erworben hat. OLG. 2 478 (KG.).

5. Konkurs über das Vermögen der Frau, Konkurrenz zwischen Vollgläubigern (denen eingebrachtes und vorbehaltenes Gut haftet) und Vorbehaltsgläubigern (denen nur das Vorbehaltsgut haftet), Kollision mit dem Rechte des Mannes.

a) Ullmann führt 130 ff. aus, daß nach Lage der Gesetzgebung die Konkurseröffnung über das Vermögen der Ehefrau, welche nur eingebrachtes Gut besitze, wider den Willen des Mannes unmöglich sei, und daß ferner, wenn die Frau auch Vorbehaltsgut besitze, die gesetzlichen Bestimmungen nicht zu einer zweckentsprechenden Durchführung des Konkurses unter Wahrung der Rechte des Mannes einerseits und der Interessen der Vollgläubiger andererseits ausreichen.

b) Schmidt-Habicht, Jäger, Kleinfeller, Seuffert 87, Opet 187, Linsmayer 66—68 nehmen an, daß mit Eröffnung des Konkurses der Mann auch bezüglich des eingebrachten Vermögens den Vollgläubigern weiche, während er den Vorbehaltsgläubigern gegenüber einen Anspruch auf Aussonderung des eingebrachten Gutes habe. Der Konkursverwalter hat das eingebrachte Gut zu verwalten. Schröder 39 beläßt dem Manne Verwaltung des eingebrachten Gutes.

c) Sind Vollgläubiger und Vorbehaltsgläubiger vorhanden, so verlangen die Bildung zweier Konkurse Jäger, Anm. 37 zu § 2 KO., Salamonski 84, Meyer, Seuff. Bl. 64 69, Hoffmann, Diss. 54 ff. vgl. zu § 1367.

Planck, Seuffert, Frankenburger 74, Endemann 751 ff., Schmidt und Habicht, Opet lassen in einem Konkurs aus dem Eingebrachten und Vorbehaltsgute zwei Sondermassen bilden.

d) Bezüglich der Vertheilung der Massen will Planck die Vollgläubiger nach Auftheilung des eingebrachten Gutes an dem Vorbehaltsgute derart partizipiren lassen, daß sie hier mit dem vollen Betrag ihrer Forderung neben den Vorbehaltsgläubigern bis zu ihrer Befriedigung Dividende erhalten. Schmidt und Habicht, Seuffert 87, 89, Opet geben nach Auftheilung des eingebrachten Gutes unter den Vollgläubigern diesen einen Dividendenanspruch gegen das Vorbehaltsgut nur bezüglich ihrer Restforderung. Schröder berechnet die Dividende einheitlich von der ganzen Masse für alle Gläubiger, läßt das Vorbehaltsgut auftheilen und giebt allen Gläubigern einen Anspruch an das eingebrachte Gut, der bezüglich der Vollgläubiger durch besondere Klage auf Duldung realisirt werden soll, bezüglich der anderen dadurch bedingt ist, daß das Recht des Mannes am eingebrachten Gute erlischt.

e) Zur Eröffnung des Konkurses ist nach Planck, Schröder 39, Knitschky, MecklZ. 18 161 Zahlungsunfähigkeit bezüglich des ganzen Frauenvermögens nothwendig, die Zahlungsunfähigkeit des Vorbehaltsguts genügt denen, welche zwei Konkurse verlangen (zu c). Vgl. ferner aber auch Opet 187, Salamonsky 83.

§§ 1411—1414. Bei Umwandlung der allgemeinen Gütergemeinschaft in gesetzliches Güterrecht dürfen Gläubiger, denen das Gesammtgut bis dahin nicht haftete, sich nicht an das eingebrachte Gut halten, wenn nicht zugleich bisheriges Vorbehaltsgut zu eingebrachtem Gute gemacht wird. Knitschky, MecklZ. 18 125 ff.

§ 1412 Abs. 2. Ein Kostenfestsetzungsbeschluß in einem Prozesse, welchen die allein auftretende Ehefrau verloren hat, kann gegen den Mann in das eingebrachte Vermögen vollstreckt werden, wenn auch das Haupturtheil selbst dem Manne gegenüber nicht wirksam ist. Grünwald, R. **01** 62.

§§ 1412 Abs. 2, **1416.** Ehemann, der im Rechtsstreite gegen die Ehefrau obgesiegt hat, kann seine Prozeßkosten aus dem Eingebrachten beitreiben und ist nicht auf das Vorbehaltsgut zu verweisen. OLG. **3** 243 (Colmar). Andererseits hat die Ehefrau keinen Anspruch darauf, daß der Ehemann in solchem Falle die Kosten aus dem Eingebrachten nimmt. OLG. **3** 102. (KG.).

§ 1413. Wird eine zunächst als Vorbehaltsgut erworbene Erbschaft später zu eingebrachtem Gute gemacht, so haftet für die Erbschaftsschulden das eingebrachte Gut nicht ohne Weiteres. Ullmann 115.

§ 1414. Die Haftung des Eingebrachten bei einem mit Vorbehaltsgut selbständig betriebenen Erwerbsgeschäft umfaßt auch die Haftung für die Angestellten der Geschäftsfrau. Düringer = Hachenburg I 9. Dagegen Neumann, Holdheims MSchr. **12** 32.

§ 1415 Nr. 1. Die Norm, daß die Verbindlichkeit aus unerlaubten Handlungen im Strafverfahren dem Vorbehaltsgute resp. der Frau zur Last falle, ist nicht zwingend. Müller, Seuff. Bl. **66** 27.

Das Strafverfahren schafft keine Rechtskraft für den Ausgleichsanspruch aus 1415 Nr. 1. Ullmann 122 gegen Planck.

§§ 1415—1417. Die Klage der Frau auf Erfüllung der Ausgleichsverbindlichkeit unterliegt nicht der Beschränkung des § 1394. Ullmann 119.

§ 1416 Abs. 2. Die Kosten, welche in den hier erwähnten Prozessen der Frau mit Dritten dem Vorbehaltsgute nicht zur Last fallen, treffen im Verhältnisse der Ehegatten nach Ullmann 124 und Planck Note 2 das eingebrachte Gut, nach Meikel, Seuff. Bl. **65** 187, Neumann § 1387 A. 3, den Mann.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. Das Recht der Frau, in den Fällen des Abs. 1 Ziffer 1 und 2 auf Aufhebung zu klagen, ist zwingend und nicht ausschließbar. Müller a. a. O. 27.

2. Einstweilige Verfügung auf Aufhebung des Verwaltungs= und Nutznießungsrechts ist zulässig. Ullmann, JW. **02** 205 ff. **RG.**, R. **02** 373 OLG. **4** 163 (Darmstadt). Vgl. zu 1561.

3. Nr. 4. Diese Bestimmung findet auch Anwendung, wenn die Pflegschaft nach § 1910 Abs. 2 bestellt ist. So Ullmann 175 und Staudinger. Dagegen verlangen zur Anwendung dieser Norm eine Pflegschaft nach § 1910 Abs. 1 Neumann, Kuhlenbeck, Planck, Schmidt und Habicht.

§ 1424 Abs. 1. Das Recht des Ehemanns zur Fortführung der Verwaltung ist nicht vertraglich ausschließbar. Müller a. a. O. 24.

5. Gütertrennung.

§ 1427. 1. Der Mann kann der Ehefrau, obwohl die Frau zum Betrieb eines Gewerbes nicht der Einwilligung bedarf, dennoch den Gewerbebetrieb untersagen. Frankenburger a. a. O. 71, vgl. Schefold a. a. O. 144, Staub 34.

2. Bei Gütertrennung besteht keine Vorschußpflicht. Meikel, Seuff. Bl. **67** 216, Darmst. Hess. Mitth. **01** 114.

§ 1428. § 1428 enthält zwingendes Recht. Müller, Seuff. Bl. **66** 27.

§ 1430. Der Mann kann die bei Beendigung der Verwaltung von ihm gezogenen, aber noch vorhandenen Einkünfte nicht behalten. Ullmann 192, Salamonski 61; a. M.: Neumann, Kuhlenbeck, Enneccerus-Lehmann 300.

§ 1431. Vgl. Note 2 zu § 1404.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. Führen die Eheleute durch Ehevertrag an Stelle bestehender Gütergemeinschaft den gesetzlichen Güterstand ein, so ist dies auf Antrag in das Güterrechtsregister einzutragen. PosMschr. **00** 92 (Ostrowo).

2. Ein Ehevertrag, in welchem als Vorbehaltsgut der Ehefrau Alles erklärt wird, was auch der Mann während der Ehe erworben hat, ist nach § 310 BGB. nichtig. Die Eintragung kann verweigert werden. CBlFrG. **1** 398 (Tilsit), Bartolomäus, JW. **02** 247.

§ 1434. 1. Der Ehevertrag kann durch Spezialbevollmächtigte geschlossen werden, denen die einzelnen Abreden des Ehevertrags überlassen werden können. Bei Verlobten muß mindestens die Person des anderen Theiles bezeichnet werden. Die Spezial-Vollmacht bedarf keiner besonderen Form. Jastrow II 210.

2. Gerichtlicher Vergleich im Prozesse genügt selbst da, wo das Landesgesetz nach Art. 141 EinfG. nur notarielle Form vorgeschrieben hat. **RG.** Seuff. A. **56** 481.

§ 1435. 1. Dorst, DNotVZ. **1** 129 ff. führt aus, daß die Behandlung der einzelnen Fälle vielfach dieselbe sei, ob eine Eintragung im Güterrechtsregister erfolgt sei oder nicht und daß es einer Eintragung hauptsächlich nur dann bedürfe, wenn das gegenseitige Vertrauen der Eheleute zu einander fehle.

2. Hörle, HessRspr. **00** 141 ff. Die Wirkung des § 1435 tritt dann nicht ein, wenn die Eintragung vor einem unzuständigen Gericht oder vor Eintritt der Ehe erfolgt, oder die Ehe nicht vollzogen ist. Vgl. auch die Noten zu §§ 1558, 1560.

3. Eintragungsfähig ist nur, was eintragungsbedürftig ist. PosMschr. **01** 79 (Graudenz). Metzges, CBlFrG. **3** 331. Deshalb ist bei Einführung der Gütertrennung in stehender Ehe nur diese, nicht andere güterrechtliche Bestimmungen des Ehevertrags, so z. B. die Erklärung der zum persönlichen Gebrauche des einzelnen Ehegatten bestimmten Gegenstände zum Eigenthume dieses Ehegatten eintragbar. Metzges a. a. O.

Andererseits kann aber auch das gesetzliche Güterrecht dann eintragungsfähig werden, wenn es als Abänderung eines eingetragenen Güterstandes eintritt. Metzges a. a. O.

§ 1436. 1. Bestimmt der Ehevertrag alles Vermögen, das die Ehefrau hat und erwirbt, zum Vorbehaltsgute, so genügt zur Bezeichnung der Eintragung „Gütertrennung". R. **02** 373 (BayrObLG.).

2. Vgl. die Note zu § 1549.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

Schefold, Gütergemeinschaft des BGB. Ulm 1899.

§ 1437 Abs. 2. Die vertragsmäßige Aufhebung der Gütergemeinschaft bedarf, auch wenn ein Grund des § 1468 vorliegt, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Schultheis 124.

§ 1438. 1. Von großer Bedeutung ist diese Bestimmung für das Grundbuch. Jeder Ehegatte kann von dem anderen die Mitwirkung zur Berichtigung

desselben verlangen. Einer solchen Mitwirkung von Seiten des als Berechtigten im Grundbuch eingetragenen Ehegatten bedarf es jedoch nach § 22 der GBO. nur dann, wenn derselbe als Eigenthümer oder Erbbauberechtigter eingetragen ist. Steht dagegen eine Hypothek oder ein sonstiges Recht auf dem Namen eines Ehegatten, so kann der andere Ehegatte allein die Umschreibung auf die Gütergemeinschaft verlangen, wenn die Gütergemeinschaft im Güterrechtsregister (§ 34 GBO.) eingetragen und das betreffende Recht dort nicht als von der Gemeinschaft ausgeschlossen bezeichnet ist. Dorst, Eheliches Güterrecht 39. Ebenso CBlFrG. **3** 301 (Colmar).

2. Erwerb eines Grundstücks für die Gemeinschaft.

a) Jeder Ehegatte kann erwerben, das Grundstück wird kraft Gesetzes Gesammtgut; trotz Auflassung an den einen Ehegatten hat Eintragung als Gesammtgut zu erfolgen. Z. f. Elf. Lothr. **01** 163 (Metz), CBlFrG. **1** 682, 921 (Zabern, Metz).

b) Auflassung muß sich mit der Eintragung decken. Eintragung erfolgt nur auf den Ehegatten, dem aufgelassen wird. Grundbuch ist später auf Antrag zu berichtigen. CBlFrG. **1** 475 (Straßburg), CBlFrG. **1** 682 (Rottweil), CBlFrG. **1** 723 (Colmar).

c) Jeder Ehegatte kann allein die Auflassung für das Gesammtgut entgegennehmen, wenn der Veräußerer an die Gütergemeinschaft übertragen wollte; die Eintragungsbewilligung hat aber zu Gunsten beider Eheleute für das Gesammtgut zu lauten. CBlFrG. **1** 855 (Colmar).

d) Der Grundbuchrichter kann von dem erwerbenden Ehegatten die Angabe des Güterstandes und bei Gütergemeinschaft Antrag auf Eintragung beider Ehegatten verlangen. CBlFrG. 2 495 (Colmar).

3. Ist der Ehemann allein im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen, so bedarf es zur Hypothekbestellung nur der Zustimmung der Ehefrau, nicht ihrer Eintragung als Gütergemeinschaftsgenossin. CBlFrG. **1** 125 (Tilsit).

Dagegen: Hypothek auf gütergemeinschaftlichem Grundstücke kann nur eingetragen werden, wenn die Ehegatten als Gütergemeinschafts-Miteigenthümer im Grundbuch eingetragen sind. KGJ. **20** A 189.

4. Gläßing, HessRspr. **1** 159 ff., Hübler, Seuff. Bl. **66** 259 behandeln die Konsequenzen des Gesammtgutbegriffs vor Anlegung des Grundbuchs in Hessen resp. Bayern.

§ 1441. Werden Kleidungsstücke der gütergemeinschaftlichen Ehefrau, die zum Vorbehaltsgute derselben gehören, durch die unerlaubte Handlung eines Dritten beschädigt, so ist zwar die Ehefrau zur Ersatzklage allein legitimirt. Aber auch der Ehemann ist zu solcher Klage aktiv legitimirt, da nach § 1458 BGB. das Gesammtgut, welches der Ehemann zu vertreten hat, für Erhaltung der Vorbehaltsstücke der Frau aufzukommen hat. HansGerZ. **01** Beibl. 91 (Hamburg).

§ 1443. 1. Ein allgemeines Widerspruchsrecht der Ehefrau gegen Verwaltungshandlungen des Mannes ist dem BGB. fremd. Wenn der Mann eine Verminderung des Gesammtguts in der Absicht, die Frau zu benachtheiligen, vornimmt, so steht der Frau nur ein doppelter Schutz zu:

a) Die Ehefrau hat einen Ersatzanspruch nach Auflösung der Gütergemeinschaft gemäß §§ 1456, 1467 Abs. 1 BGB. und kann denselben schon während bestehender Gemeinschaft durch Arrest oder einstweilige Verfügung sichern.

b) Sie kann Aufhebung der Gütergemeinschaft verlangen, § 1468. OLG. **2** 70 (Königsberg).

2. Die gütergemeinschaftliche Ehefrau kann auch, wenn sie persönlich nicht haftet, neben dem Manne auf Haftung in Ansehung des Gesammtguts mitverklagt werden. Dies erscheint praktisch mit Rücksicht auf Vollstreckung in Gegen-

stände, die im Gewahrsam der Frau sich befinden. OLG. 3 242 (Stettin), Hellwig, Anspruch 338.

Abweichend: Haas, Gruchots Beitr. 45 43, Scherer 150, Meikel, Seuff. Bl. 67 227, OLG. 3 53 (Stettin): Die Ehefrau kann nur mitverklagt werden, wenn sie persönlich haftet. Eine solche persönliche Haftung nimmt Stettin bei Verträgen, die aus § 3 Nr. 2 Anfechtungsgesetzes anfechtbar sind, als aus unerlaubter Handlung gegeben, an.

3. Ist die gütergemeinschaftliche Ehefrau Erbin, so können die Nachlaßgläubiger gegen die Eheleute als Gesammtschuldner wegen der Nachlaßschulden klagen. R. 00 462 (Celle).

4. Der Grundsatz des § 1404 ist auch auf die Verfügungsbeschränkung der gütergemeinschaftlichen Ehefrau anwendbar. Heinsheimer, R. 01 609 gegen Cosack und Planck. Gegen Heinsheimer führt auch Mantey, R. 02 39, aus, daß § 1404 für die Gütergemeinschaft durch § 1435 ersetzt wird.

§§ 1443—1446. 1. Prozeßlegitimation des Ehemanns.

Bei Führung eines Rechtsstreits in den Fällen der §§ 1444—1446 bedarf der Ehemann keiner Zustimmung der Ehefrau, wenn er durch Vergleich, Verzicht, Anerkenntniß über den Prozeß disponirt. Hellwig, Anspruch 336, Meikel, Seuff. Bl. 67 222 ff. gegen Staudinger und Planck.

2. Prozeßlegitimation der Ehefrau.

Die Frau kann mit Zustimmung des Ehemanns den Prozeß für das Gesammtgut in eigenem Namen führen. Staudinger, Planck, Cosack § 292, Hellwig, Anspruch 341. Dagegen: Gaupp-Stein 129, 157, Meikel, Seuff. Bl. 67 225 ff. HansGerZ. 00 Beibl. 238 (Hamburg) das auch den Eintritt des Ehemanns in einen solchen Prozeß für unzulässig erklärt. Vgl. zu § 1453.

3. Wirksamkeit des Urtheils.

Das Urtheil gegen den Ehemann gewährt Rechtskraft gegen die Ehefrau, soweit sie persönlich haftet, nicht. Meikel a. a. O. 229, Hellwig 335.

4. Gütergemeinschaftliche Ehefrau kann als Nebenintervenientin auftreten, aber nur soweit selbständig Rechtsbehelfe geltend machen, als der Ehemann in der Vertretung beschränkt ist; sie kann trotz simulirter und frauduloser Verfügungen des Mannes den Prozeß fortführen. Sachs, PosMschr. 00 140.

§§ 1444—1446. Bei Abtretung einer Gesammtgutshypothek durch den Ehemann allein kann der Grundbuchrichter nachprüfen, ob das Kausalgeschäft nach §§ 1444—1446 der Genehmigung der Frau untersteht, kann also den Nachweis der Entgeltlichkeit verlangen. KGJ. 23 A 130, CBlFrG. 2 587.

§ 1445. 1. Bedarf ein Ehemann, der ein Grundstück für das Gesammtgut erwirbt, zur Eintragung der im Kaufvertrage bewilligten Restkaufhypothek der Zustimmung der Ehefrau?

Es verneinen: Lenel, DJZ. 00 290, Brachvogel, daselbst 392 ff., Jung, Seuff. Bl. 65 300 ff., CBlFrG. 2 119 (Metz), KGJ. 21 A 316, OLG. 2 359 (KG.), CBlFrG. 2 63, PosMsch. 01 73.

Brachvogel meint, die Verfügungsbeschränkung des Mannes in Ansehung des Grundstücks trete erst mit der Auflassung ein. Die vorher erfolgte Hypothekenbewilligung werde gemäß § 878 durch die nachträgliche Verfügungsbeschränkung nicht berührt.

Jung und KG. leiten die Befugniß aus der ratio legis her. Jung, weil der Erwerbsakt nur auf das zu belastende Grundstück gerichtet ist; KG. führt im Anschluß an die preußische Praxis aus, daß die Disposition keine nachtheilige sein könne, weil das Grundstück nur unter Erfüllung der Hypothekbestellung dem Gesammtgute zuwachsen könne. Ebenso für die Eintragung eines dem Verkäufer vorbehaltenen Nießbrauchs. R. 00 306 (Colmar).

Die Zustimmung verlangen Iwand, DIZ. **00** 272, Staudinger, Seuff. Bl. **65** 151, Schröder 52[4], OLG. **1** 483 (Colmar), Z. f. Elf. Lothr. **00** 248, CBlFrG. **1** 49 ff., Z. f. Elf. Lothr. **00** 345 (Colmar), CBlFrG. **2** 496, DIZ. **01** 336, OLG. **2** 361, Seuff. Bl. **66** 247 (BayrObLG.), Seuff. A. **57** 270 (BayrObLG.), Z. f. Elf. Lothr. **02** 21 (Colmar), OLG. **6** 161 (Karlsruhe).

Begründung des BayrObLG.: Die Verfügung betrifft das Gesammtgut, weil der Ehemann das Grundstück nicht für sich allein erwerben kann. In der zitirten Entscheidung Seuff. A. **57** 270 hebt BayrObLG. gegen KG. hervor, daß das Gesetz die vom KG. angenommene Einschränkung nicht gewollt habe.

2. Die grundbuchmäßige Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen, sowie die Vorrechtseinräumung im Grundbuche sind keine Verfügungen über das Grundstück, gehören zur alleinigen Befugniß des Ehemanns und bedürfen keiner Eintragung der gütergemeinschaftlichen Ehefrau. CBlFrG. **1** 125 (Tilsit). Für die Vorrechtseinräumung ebenso KGI. **22** A 135, CBlFrG. **2** 71, OLG. **4** 344, RIA. **2** 89.

3. Lastet auf dem gütergemeinschaftlichen und auf den Namen beider Eheleute eingetragenen Grundstück eine Hypothek, welche durch Rückzahlung der Valuta Eigenthümerhypothek geworden ist, so kann der Ehemann, ohne daß die Eigenthümerhypothek zunächst auf den Namen beider Eheleute umgeschrieben wird, allein die Hypothek abtreten. CBlFrG. **1** 219 (Tilsit).

4. Die gütergemeinschaftliche Ehefrau hat für sich keine Auflassungserklärung abzugeben, sie hat nur ihre Einwilligung zu ertheilen, daß der Mann die betreffende Erklärung abgiebt. Z. f. Elf. Lothr. **01** 158 (Metz).

§ 1447. 1. Zustimmung verlangt ein formell gültiges und vollständiges Rechtsgeschäft. OLG. **4** 406 (KG.).

2. Zustimmung ist nur dann zu verweigern, wenn das Rechtsgeschäft selbst bedenklich ist, nicht aber wenn das Verhalten des Ehemanns zu Bedenken Veranlassung giebt. KGI. **23** A 177, OLG. **4** 346 (KG.).

3. Der gütergemeinschaftliche Ehemann hatte mit seinem Sohne und dessen Braut einen Uebergabevertrag über das zum ehelichen Gesammtgute gehörige Anwesen geschlossen. Die Ehefrau verweigerte die Genehmigung. Hat die Uebergabe den Zweck, dem gemeinschaftlichen Sohne eine Ausstattung gemäß § 1624 bzw. 1446[2] BGB. zu gewähren, so bedarf der Mann hierzu an sich nicht der Zustimmung der Frau. Soweit aber hierbei eine Verfügung über ein Grundstück erforderlich wird, hat die Frau ihre Genehmigung zu ertheilen, bzw. ist diese gerichtlich zu ergänzen, wenn, was nach den Umständen möglich ist, solch Uebergabevertrag zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesammtguts erforderlich ist. BayrObLG. Seuff. A. **56** 277, OLG. **2** 68, vgl. hierzu die Literatur zu § 1379[2].

4. Verurtheilung des Ehemanns zur Herbeiführung der vormundschaftsgerichtlichen Ersetzung der Zustimmung der Ehefrau wird nach § 888 CPO. vollstreckt. OLG. **4** 367, PosMschr. **02** 22 (Posen).

§ 1450. 1. Ehefrau ist bei Abwesenheit des Mannes nicht verpflichtet, sich auf den Prozeß als Vertreterin der Gütergemeinschaft einzulassen, thut sie es aber, so bleibt sie passiv legitimirt. OLG. **4** 404 (Stettin).

2. Verhinderung des Ehemanns, nicht Erschwerung seiner Thätigkeit muß gegeben sein. BayrObLG., R. **02** 551.

§§ 1451, 1460. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns aus dem Gesammtgut im Ehescheidungsprozeß. Einstweilige Verfügung.

Die Pflicht bejahen: DIZ. **00** 168 (Hamburg in wiederholten Entscheidungen), OLG. **1** 30 (Cöln), BreslAKZ. **00** 2 (Breslau), RG. **46** 354 (IW. **00** 338, DIZ. **00** 231), RG. PosMsch. **00** 149, Mittelstein, DIZ. **00** 160.

Die Vorschußpflicht verneint Bürck, JW. **00** 270, 338, OLG. **1** 271 (Königsberg) und zwar, weil § 627 CPO. die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung nach § 940 ausschließe, ebenso früher LG. Gießen und Mainz, HessRspr. **00** 4, 83. Vgl. die Noten zu §§ 1387, 1402, 1416.

§ 1451. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann zu Rechtsstreitigkeiten der Frau nicht ertheilt werden. Feisenberger, SächsA. **10** 580. Vgl. die Noten zu §§ 1400, 1402, 1443—1446.

§ 1452. 1. Literatur siehe zu §§ 1367, 1405.

2. Die Zugehörigkeit des Erwerbsgeschäfts der Frau zum Gesammtgut ist für die Anwendung des § 1405 im Falle des Einverständnisses des Ehemanns gleichgültig. Frankenburger a. a. O. 72, Feisenberger 580.

3. Verfügungen über das Gesammtgut, die der Mann nur mit Zustimmung der Frau treffen kann, darf die Erwerbsfrau nicht ohne besondere Einwilligung des Ehemanns treffen. Cosack II 473, Handelsr. 53.

Schefold, A.civPr. **91** 152, 154 verlangt wenigstens zur Auflassung und Belastung von gütergemeinschaftlichen Grundstücken des Erwerbsgeschäfts die Zustimmung des Mannes.

Dagegen hält Staub (30) die Ehefrau in den Grenzen des konsentirten Handelsbetriebs auch über Grundstücke des Gesammtguts allein für verfügungsberechtigt.

§ 1453. Die Ehefrau ist berechtigt, allein ohne Zuziehung des Mannes eine Klage auf Vorlegung eines Nachlaßverzeichnisses gegen die den Nachlaß besitzenden Miterben zu erheben, da sie sonst nicht in der Lage wäre, die für ihre Entschließung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erforderlichen Unterlagen zu gewinnen. PosMschr. **01** 28 (Posen).

§ 1455. Die Vorschrift ist so zu verstehen, daß die Bereicherung von dem Manne, der für alle Gesammtgutsverbindlichkeiten persönlich haftet, an denjenigen, auf dessen Kosten die Bereicherung erfolgte, herausgegeben werden muß. Dorst, Ehel. Güterrecht 41. Vgl. hierzu Neumann (Handausg.), der auf den Unterschied der Fassung dieses Paragraphen und des entsprechenden § 1399 Abs. 2 Satz 2 hinweist und die abweichende Konstruktion des § 1455 darauf zurückführt, daß nach §§ 1448, 1444—1446 auch die obligatorischen, ohne die erforderliche Einwilligung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte des Mannes unwirksam sind. Die Bereicherung ist deswegen hier eine ungerechtfertigte, anders im § 1399. Vgl. auch Feisenberger a. a. O. 571. Abweichend Staudinger Note 2.

§ 1456. Gegen Neumann, welcher diese Bestimmung analog auf die Haftung der Ehefrau anwendet, schließen Feisenberger 575, ebenso Planck diese Analogie aus und ziehen § 1359 heran.

§ 1459. 1. Den Geschäftsgläubigern der Ehefrau haftet der Mann, der den Betrieb genehmigt hat, persönlich. Staub 33, Frankenburger 72, 74, Schefold a. a. O.

2. Zur Vollstreckung in das Gesammtgut ist in diesem Falle nur ein Urtheil gegen den Mann nothwendig, aber immer nur soweit, als der Ehemann die zu pfändenden Gegenstände in seinem Gewahrsam hat. §§ 808, 809 CPO. gehen dem § 740 CPO. vor. Frankenburger 72, 74, Staub 35ff., Planck, DJZ. **00** 77, 246, Petersen, Struckmann-Koch zu § 740. Meikel, Seuff. Bl. **67** 231, OLG. **5** 131 (Hamburg). Abweichend lassen auch die Vollstreckung in die Sachen im Gewahrsam der Ehefrau zu: Pr. Geschäftsanw. f. Gerichtsvollz. JMBl. **99** 651, JMBl. **00** 22, Leske 742, Falkmann, DJZ. **00** 175, 356.

Bei konsentirtem Erwerbsgeschäfte reicht auch das Urtheil gegen die Ehefrau aus. Vgl. Staub und Schefold a. a. O., der die Feststellung der Erwerbs-

frauqualität im Urtheile verlangt; nach Meikel, Seuff. Bl. **67** 231 genügt jedes Urtheil.

3. Nach Beendigung der Gütergemeinschaft, jedoch vor erfolgter Auseinandersetzung, ist die Vollstreckung in das Gesammtgut nur möglich, wenn gegen beide Eheleute ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Haftet der Mann auch persönlich, so muß das Urtheil gegen die Frau und ihn auf Leistung, haftet er nicht persönlich, so muß es gegen die Frau auf Leistung, gegen den Mann auf Duldung der Vollstreckung lauten. Frankenburger a. a. O. 74.

§ 1461. Das Gesammtgut haftet für die Erbschaftsschulden der Frau trotz Vereinbarung des Vorbehaltsguts der Erbschaft, wenn diese vor Eintritt der Gütergemeinschaft erworben. Meikel, Seuff. Bl. **67** 219.

§ 1465. Die Frau, welche dem Kinde Ausstattung aus ihrem Vorbehaltsgute gewährt, hat Ersatzanspruch gegen das Gesammtgut. Feisenberger 590 gegen Neumann, Staudinger.

§ 1468. Wenn nach Beendigung der Gütergemeinschaft, jedoch vor der Auseinandersetzung der Konkurs über das Vermögen des Mannes oder der Frau eröffnet wird, so bildet der Antheil des Gemeinschuldners an dem Gesammtgut einen Bestandtheil der Masse. Frankenburger a. a. O. 75.

§ 1469. Der Mann kann wegen Gefährdung seines späteren Erwerbes in Folge einer Ueberschuldung des Gesammtguts durch die Geschäftsschulden der Frau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen. Frankenburger a. a. O. 72.

§ 1471. Die Auseinandersetzung kann zwar formlos erfolgen, notarielle oder gerichtliche Form ist jedoch erforderlich, falls ein Grundstück zum Gesammtgute gehört. Jastrow II 228.

§ 1477 Abs. 2. Bei Uebernahme eines Grundstücks, welches der übernehmende Ehegatte in die Gütergemeinschaft eingebracht hatte, bedarf es der Auflassung. Jastrow II 230.

§ 1480. Wenn seitens des Ehegatten vor der Zutheilung aus seinem Vorbehaltsgute Verwendungen gerade auf diejenigen Gesammtgutsgegenstände gemacht sind, deren Herausgabe im Wege der Vollstreckung begehrt wird, so kann dieser Ehegatte Ersatz fordern, sofern die Verwendung nothwendig war, oder auch den Gläubigern zu Gute kommt. Linsmayer, Haftung wegen Benachtheiligung 79 gegen Planck.

§§ 1482, 1472. Die Erben eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten haben bis zur Auseinandersetzung nach § 1472 Abs. 1 Anspruch auf Mitbesitz der zum Gesammtgute gehörenden Sachen, auch ein Recht auf Einsichtnahme in die zum Gesammtgute gehörenden, dasselbe betreffenden Urkunden. OLG. **2** 484 (Hamburg).

§ 1484. Anfechtung der Annahme einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gilt als Ablehnung, ist daher eventuell von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abhängig. Schultheis 126[9].

§ 1487. 1. Die überlebende Wittwe kann bei fortgesetzter Gütergemeinschaft auf Grund eines Zeugnisses nach § 1507 grundbuchmäßig eine Hypothek, die zum Gesammtgute gehört, abtreten. HansGerZ. **00** Beibl. 159, 229 (Hamburg).

2. Die nicht zu erlangende Zustimmung der antheilsberechtigten Abkömmlinge kann auch durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Voraussetzungen des § 1447 vorliegen. Schultheis 294[12].

3. Der überlebende Ehegatte bedarf bei fortgesetzter Gütergemeinschaft allerdings für die Veräußerung von Grundstücken der Zustimmung des Pflegers für die minderjährigen Abkömmlinge, jedoch nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu dieser Zustimmung (§ 1821). Seuff. Bl. **66** 387 (Würzburg).

4. Ueber den Antheil an fortgesetzter Gütergemeinschaft kann der Einzelne nicht verfügen. Vertrag über Abtretung ist daher unwirksam. **RG.** JW. **03** Beil. 26.

§§ 1487, 1518. 1. Ehegatten können weder durch letztwillige Verfügung noch durch Vertrag dem überlebenden Ehegatten oder den Abkömmlingen größere oder geringere Rechte in Betreff des Gesammtguts einräumen, als diesen nach dem Gesetze zukommt. Müller, Seuff. Bl. **66** 23.

2. Durch Ehe- oder Erbvertrag kann dem parens superstes der Nießbrauch an den Antheilen der Abkömmlinge für die Zeit nach der Wiederverheirathung nicht zugewandt werden. Middendorf, DJZ. **01** 502.

3. Haben die Eheleute in wechselseitigem Testamente Bestimmungen über die Theilung nach dem Tode des Letztversterbenden unter ihren Kindern getroffen, so sind bei dem Tode des Erstversterbenden die Verfügungen insoweit hinfällig, als sie sich auf die Hälfte beziehen, welche bei Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach §§ 1498, 1476 den antheilsberechtigten Abkömmlingen zufallen würde, weil diese Antheilsberechtigung von dem Erstversterbenden herrührt. Ein solches Testament ist ganz zu verkünden, da die Verbindung eine Sonderung nach § 2273 unmöglich macht. OLG. **1** 379, CBlFrG. **1** 728, Seuff. A. **56** 229, RJA. **1** 182 ff. (BayrObLG.).

§ 1490. Hellwig, Rechtskraft 217 hält den Antheil des Abkömmlinges für vererblich.

§ 1491. Der Verzicht hat keine rückwirkende Kraft. Hellwig a. a. O. 215.

§ 1506. Herel, Fortg. Gütergemeinschaft 53 will gegen Planck auch die Erbunwürdigkeitsnormen gegen den parens superstes eingreifen lassen.

§ 1507. Conrades, Zeugniß über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Erbschein, R. **00** 528 ff., Götte, CBlFrG. **1** 276.

Beide lassen die Kombination des Zeugnisses mit Erbschein nach dem Verstorbenen bezüglich dessen vorbehaltenem Vermögen zu. LG. Hamburg HansGerZ. **00** Beibl. 229 verlangt zur Nachweisung der vollkommenen Verfügungsbefugniß des Ueberlebenden die Feststellung, daß keine einseitigen erbberechtigten Abkömmlinge vorhanden sind.

Das hier vorgesehene Zeugniß hat nicht sowohl dahin zu lauten, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten sei, als vielmehr, daß sie noch zu Recht besteht. Demgemäß ist die Ertheilung des Zeugnisses abzulehnen, wenn bei seiner Erwirkung die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht mehr besteht, und in entsprechender Anwendung des § 2361 ist die Zeugnißausfertigung einzuziehen, wenn die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder sonst eine Veränderung in den bescheinigten Thatsachen bekannt wird. Eine Bescheinigung, daß in einem bestimmten Zeitpunkte fortgesetzte Gütergemeinschaft bestanden hat, steht dem Zeugniß aus § 1507 nicht gleich und ist von dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. PFGG. Art. 31) zu ertheilen. Boschan. Erbschein und Recht der Erbfolge 291.

§§ 1509, 1510, 1511, 1518. 1. Die Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch wechselseitiges Testament ist ungültig. Sowohl die Abkömmlinge wie der überlebende Ehegatte können anfechten. KGJ. **24** A 54, OLG. **6** 162 (KG.).

2. Die Ausschließung sämmtlicher Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist durch wechselseitiges Testament nach § 1510 zulässig und bei Einsetzung des Ueberlebenden zum Vorerben der Kinder zu Nacherben als gewollt anzusehen. Dann tritt fortgesetzte GG. nicht ein. OLG. **6** 165 (Stettin). KGJ. **25** A 228, **26** A 55 (KG.).

3. § 1510 tritt auch bei der Existenz gemeinschaftlicher Abkömmlinge ein. OLG. **6** 164 (Hamburg).

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

Schefold, Die Errungenschaftsgemeinschaft des BGB., Feisenberger, Beiträge zur Erläuterung der Errungenschaftsgemeinschaft, SächsA. **10** 529—594, Klenter, Schuldenhaftung bei der Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. Erwerb der Frau, wenn sie Handelsgesellschafterin, umfaßt nicht nur Gewinn und Nutzungen, sondern Alles, was sie auf Grund ihrer Betheiligung erhält. Den Jahresgewinn kann der Ehemann aber nicht abheben. Ullmann, JW. **02** 55.

§ 1520. Eine Zuwendung an die Ehefrau vor Eintritt der Errungenschaft mit der Bestimmung als Vorbehaltsgut wird eingebrachtes Gut, falls die Qualität nicht bei Eintritt der Errungenschaft durch Ehevertrag festgestellt ist. Feisenberger 544, vgl. Lit. zu § 1369.

§ 1521. 1. Nicht jede Schenkung aus dem Gesammtgut an einen Ehegatten verändert den Güterstand. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Schenkung so erheblich ist, daß man sie als neuen Ehevertrag ansehen muß. Feisenberger 539; zweifelhaft Planck.

2. Schenkungen eines Ehegatten an das Gesammtgut sind nur in der Form eines Ehevertrags möglich. Feisenberger a. a. O. 560. Abweichend Schefold 23.

§§ 1522, 1524. 1. Gehalt und Pension fallen unter den Begriff des Erwerbsgeschäfts, nicht unter § 1522. Feisenberger 547. Dagegen Schröder 77.

2. Erwirbt ein in Errungenschaftsgemeinschaft lebender Miterbe bei der zum Zwecke der Auseinandersetzung eines Nachlasses stattfindenden Zwangsversteigerung das zum Nachlasse gehörige Grundstück, so wird das Grundstück eingebrachtes Gut der Ehegatten, weil der Erwerb auf Grund eines nach § 1521 BGB. zum eingebrachten Gute des Mannes gehörigen Rechtes erfolgt. Zschr. f. Elſ. Lothr. **26** 156 (Colmar). Ebenso Bollenbeck, RheinNotZ **46**.

§§ 1525, 1529 Abs. 2. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns im Ehescheidungsprozesse.

Die Kostenvorschußpflicht aus dem Gesammtgute verneinen: LG. Darmstadt, DJZ. **00** 157, OLG. **1** 268, Rundschau **01** 89 (Frankfurt), sie bejaht **KG.** R. **01** 410, vgl. Lit. zu §§ 1387, 1460.

§ 1527. Die Vermuthung des § 1527 gilt selbst dann, wenn ein Grundstück auf den Namen eines Ehegatten eingetragen steht. Feisenberger 550, ebenso Planck, abweichend Kuhlenbeck.

§ 1528. An Stelle der Klage auf Aufnahme des Verzeichnisses kann der betreffende Ehegatte selbst das Verzeichniß aufstellen und auf Anerkennung klagen. Feisenberger 555.

§§ 1532, 1525. Das Gesammtgut haftet nicht aus Verbindlichkeiten der Frau, welche bezüglich des eingebrachten Gutes gemäß §§ 1406, 1407, 1525 Abs. 2 entstanden sind. Feisenberger a. a. O. 585, a. M.: Schefold 30. Vgl. die Noten zu §§ 1373—1389, 1390—1412, 1442—1453, 1455—1457.

4. Fahrnißgemeinschaft.

Dorst, Eheliches Güterrecht, Köln 1899. Ridder, Erbrecht und eheliches Güterrecht des BGB. Köln 1900.

§ 1549 Abs. 1. Bei der Fahrnißgemeinschaft ist eine Abmachung, daß das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Frau Vorbehaltsgut sein soll, unzulässig. Jedoch wird in solcher Abmachung gewöhnlich die Vereinbarung der Gütertrennung zu erblicken sein. OLG. **2** 485 (KG.).

Der Grundbuchrichter darf bei der Abtretung einer zum Gesammtgute gehörenden, für beide Eheleute eingetragenen Hypothek den Nachweis verlangen, daß die Abtretung nicht zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens geschieht, oder daß die Frau ihre Einwilligung ertheilt hat. OLG. **3** 388 (KG.).

§§ 1549, 1459. Bei Fahrnißgemeinschaft haftet der Mann für gesetzliche Unterhaltspflicht der Frau nicht nur mit dem Gesammtgute, sondern persönlich als Gesammtschuldner. OLG. **1** 146 (Darmstadt).

§§ 1551, 1554. Der Antheil eines Ehegatten als Miterbe an den zur Erbschaft gehörigen Immobilien bleibt eingebrachtes Gut, selbst wenn er bei der Auseinandersetzung in Mobilien oder Geld umgesetzt wird. Dorst 59, Schröder 86, Kuhlenbeck zu 1551, abweichend: Förtsch, Darstellung 230.

§ 1554. Der Ehemann, der einen Antheil eines Grundstücks vor der Ehe besaß, kauft nach Eintritt der Fahrnißgemeinschaft den anderen Antheil hinzu. Fällt dieser Antheil in das Gesammtgut oder in das eingebrachte Gut des Mannes? Für das letztere Zschr. f. Els. Lothr. **01** 173 (Straßburg), CBlFrG. **1** 314 (Metz), Oberneck, DNotVZ. **01** 295, für das erstere CBlFrG. **1** 682 (Colmar), Lellbach, CBlFrG. **2** 238 ff., vgl. auch die Noten zu 1524.

III. Güterrechtsregister.

§ 1558. Darf der Ehevertrag vor Schließung der Ehe in das Güterrechtsregister eingetragen werden? Dies wird verneint a) von Hörle, HessRspr. **00** 135 ff., b) vom KGJ. **20** A 66, OLG. **1** 320, CBlFrG. **1** 78 ff., DJZ. **00** 208. Beide führen aus, daß die Eintragung nur bestehende Rechtsverhältnisse beurkunden dürfe, lassen aber die Eintragung nach der Ehe auf den vorher gestellten Antrag zu. KG. verlangt nur die Einreichung der Heirathsurkunde, Hörle 142 auch noch den Nachweis, daß der Ehemann nach der Eheschließung seinen Wohnsitz im Registergerichtsbezirke hat.

Die Frage wird bejaht: RheinNotZ. **00** 120 (Aachen), HessRspr. **00** 100 (Mainz), Strübe, BadRpr. **00** 353 ff. und gegen das KG. Jastrow, Buschs Z. **28** 497, Stroh, JW. **01** 690. Ersterer führt aus, daß nur die Vereinbarung, nicht die Geltung des Güterstandes beurkundet werden sollte, letzterer, daß die vertragsmäßige Regulirung die Eintragung umfasse und die Versagung die Eheleute zwinge, nach außen hin die Ehe mit dem gesetzlichen Güterrechte zu beginnen.

§§ 1560, 1561. 1. Vorlegung des Ehevertrags ist nicht erforderlich, wenn beide Eheleute den Antrag auf Eintragung stellen. KGBl. **00** 29, Dorst, DNotVZ. **1** 133, der jedoch dem Registerrichter die Befugniß gewährt, die Vorlegung zu verlangen.

2. Der Notar, der den Ehevertrag aufgenommen, ist ohne besondere Vollmacht berechtigt, den Antrag auf Eintragung bei dem Amtsgerichte zu stellen. OLG. **1** 318 (Hamburg), auch in KGJ. **20** D 31, CBlFrG. **1** 579, Seuff. A. **56** 133. Der Notar muß jedoch in solchem Falle dann die Ausfertigung des Ehevertrags vorlegen. KGJ. **21** A 88, CBlFrG. **1** 741, RJA. **1** 5. Abweichend verlangt OLG. **5** 196 (Colmar) Vollmacht vom Notar. Vgl. auch OLG. **3** 368 (Rostock). Ueber die Form des Antrags des Notars vgl. OLG. **1** 318 oben zitirt, CBlFrG. **1** 669 (Bremen).

§ 1561[1]. Die Eintragung einer durch das Vormundschaftsgericht erlassenen Verfügung auf Aufhebung der Beschränkung der Schlüsselgewalt erfolgt auf Antrag der Frau unter Vorlegung des rechtskräftigen Beschlusses ohne Mitwirkung des Mannes. Jastrow II 322.

Der Einspruch des Mannes gegen den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau kann bei Gütertrennung nicht eingetragen werden. Jastrow

a. a. O. 221. Vorbehaltsgut, das auf letztwilliger Verfügung beruht (§ 1369), kann ohne Mitwirkung des Mannes selbst bei Vorlegung der letztwilligen Verfügung nicht eingetragen werden. Jastrow a. a. O. 219.

§ 1561. Die Eintragung einer durch einstweilige Verfügung rechtskräftig ausgesprochenen Aenderung der Güterverhältnisse (Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung) in das Güterrechtsregister ist zulässig. Ullmann, JW. **02** 208, Seuff. A. **57** 365 (Dresden). Abweichend OLG. **4** 98 (Darmstadt), CBlFrG. **2** 785.

Siebenter Titel.

Scheidung der Ehe.

Literatur: Aron, SächsA. **10** 657, „Die gesetzliche Vertretung einer nicht entmündigten geisteskranken Person im Ehescheidungsverfahren". — Bregenzer, JW **01** 193: Zur Auslegung des Art. 201 des EG. z. BGB — Davidson, Recht der Ehescheidung. Berlin 1900 — Derselbe Buschs Z. **26** 79: „Ehescheidung nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft". Engelmann, Seuff. Bl. **68** 44. — Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß. Berlin 1900. — Friedrichs, Prozeßpraxis. — Fuld, Die Qualifikation des böslichen Verlassens als relativen Scheidungsgrundes Puchelts Z. **32** 237 ff. — Gravenhorst, A.bürgR. **18** 259. — Hellwig, Anspruch und Klagerecht. — Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht. — Derselbe, Recht der Frau. — Isensee, A.bürgR. **12** 337. — Köttgen, R. **00** 205, „Die 6 monatige Frist des § 1571 während der Uebergangszeit". — Köpke, Inaug.-Diss. Greifswald, Eheauflösung nach gemeinem katholischen Eherecht. — Kollrack, Namen und Namenänderung (1900, Nachtrag 1901). — Lenel, DJZ. **00** 215: „Die Voraussetzungen der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit". — Lüttgert, D. Z. f. Kirchenr. **32** 89 ff.: „Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht" — Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. — Neumann, in der Festgabe für Wilcke Berlin 1900. — Olshausen, Namen- und Firmenrecht Berlin 1900. — Oppler, DJZ. **01** 210: Klage der geschiedenen Frau auf Unterhalt für das Kind. — Ramdohr, Namenrecht, Gruchots Beitr. **43** 34. — Sartorius, Personenstandsgesetz. — Scherer, JW. **01** 243: „Die Ehesachen in der Uebergangszeit". — Schmidt (Arthur B.): „Ehescheidung und richterliches Ermessen. — Schoen, Ehescheidungsrecht, „Beziehungen zwischen Staat und Kirche auf dem Gebiete des Eherechts" (in Göttinger Festschrift für Regelsberger 1901). — Schröder, Verlöbniß und Ehe. — Schultheis, Vormundschaftsrichter. — Schulze, Dr. med., Die für die gerichtliche Psychiatrie wichtigen Bestimmungen des BGB. — Seckel, Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft 1900. — Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft 1900/1901. — Süßheim, A.civPr **91** 409: „Die böswillige Verlassung des Ehegatten". — Zenß, Die Bedeutung des BGB. für den evangelischen Geistlichen. — Zöller, R. **00** 249: „Ist die bösliche Verlassung auch ein Ehescheidungsgrund nach § 1568 BGB.?"

§ 1564. Die Ehesachen in der Uebergangszeit behandelt Scherer, JW. **01** 243; vom Standpunkte der Zukunft würdigt Schoen (222 ff.) das Ehescheidungsrecht; Schmidt behandelt Ehescheidung und richterliches Ermessen und kommt zu dem Ergebnisse, daß Gesammttendenz des BGB. Erschwerung der Ehescheidung ist, so daß der Praxis die Pflicht strenger Gesetzesauslegung, nicht Erweiterung der Scheidungsmöglichkeiten, erwächst (6). Bregenzer: 'Die in den §§ 1564—1569 aufgezählten Thatbestände bilden die technischen Ehescheidungsgründe, d. h. die subjektiven Klagegründe im abstrakten Sinne.

Köpke a. a. O. behandelt die Fragen, ob in denjenigen Theilen des deutschen Reichsgebiets, in welchen gemeines katholisches Eherecht gilt, noch heute eine Eheauflösung kraft des privilegium Paulinum oder per professionem religiosam und per dispensationem summi stattfindet. Er verneint die Fragen.

Das durch das BGB. beseitigte landesherrliche Ehescheidungsrecht besteht in den Ehescheidungssachen der landesherrlichen Familien und des hohen Adels fort. Davidson 8.

Die Scheidung setzt eine an sich rechtsgültig bestehende Ehe voraus. Deshalb und wegen der Mittheilung an den Standesbeamten ist im Prozeße die Vorlegung der Heirathsurkunde zu erfordern. Beweisführung auf andere Weise ist jedoch nicht ausgeschlossen. Auch die standesamtliche „Bescheinigung über die

erfolgte Eheschließung" wird in der Regel genügen. Davidson 4. — Ist die Gültigkeit der Ehe streitig, so kann die Aussetzung des Scheidungsverfahrens bis zur Erledigung der Nichtigkeits-, Anfechtungsklage gemäß §§ 151 ff. CPO. beantragt werden. Diese Klagen sind nach rechtskräftiger Scheidung ausgeschlossen (6 ff.). — Ist ein Scheidungsurtheil im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt, so kommen auch die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ex tunc in Wegfall. Die inzwischen eingegangene neue Ehe ist nach § 1326 nichtig (17). A. M. Scherer 229 und Friedrichs, DJZ. **99** 18 (der die Gültigkeit beider Ehen behauptet); dagegen Planck, ebenda 38.

Ein vor der Scheidung über die Vermögensauseinandersetzung geschlossener Vertrag verstößt nicht gegen die guten Sitten, ist daher nicht ungültig, es sei denn, daß er dazu dienen soll, eine an sich unzulässige Scheidung zu ermöglichen. Davidson 21. Vgl. Planck 314.

Für den erst während des Scheidungsprozesses in Geisteskrankheit verfallenen Kläger kann der gesetzliche Vertreter auch ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (§ 612 CPO.) den Prozeß fortsetzen. Davidson 12.

Unüberwindliche Abneigung ist, wie Erler (86) hervorhebt, kein Ehescheidungsgrund mehr.

Das Urtheil ist konstitutiv. Hellwig 461.

Von der konstitutiven Wirkung des Urtheils ist seine daneben bestehende Rechtskraftwirkung zu sondern (Feststellung der Schuld nach § 1574 Abs. 1 BGB.). Sie tritt auch beim konstitutiven Urtheile nur zwischen den Parteien ein, ist aber als Wirkung zwischen den Parteien für Jedermann maßgebend, wie die Rechtskraftwirkung überhaupt. Mendelssohn-Bartholdy 474 ff.

Ist das in erster Instanz ergangene Scheidungsurtheil von der verurtheilten Partei angefochten, so liegt eine Auflösung der Ehe auch dann noch nicht vor, wenn die Anfechtung sich auf den Antrag beschränkt hat, die Ehe auch auf den Antrag der bisher verurtheilten Partei zu scheiden und beide Theile für schuldig zu erklären, weil der Berufungsantrag bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz erweitert werden kann. **RG.** JW. **01** 323 u. Gruchots Beitr. **46** 957.

§ 1565. 1. Der Ehebruch setzt begrifflich nicht eine gegen jede Anfechtung sichergestellte Ehe voraus. Ist jedoch die Form des § 1317 nicht gewahrt und die Eintragung in das Heirathsregister unterblieben, so kann weder von einer Ehe noch von einem Ehebruche die Rede sein. Davidson 22 (mit Erler 94 gegen Endemann 678). Ebenso Erler: bei nichtiger oder anfechtbarer, aber noch nicht für nichtig erklärter Ehe könne ein Ehebruch begangen werden, bei formungültiger Ehe nur dann, wenn sie in das Heirathsregister eingetragen ist (94).

2. Nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) kann, solange deren Wirkungen fortdauern, ein Ehebruch im Rechtssinne nicht mehr begangen werden. Davidson 23, 176, ebenso Seckel 15, 25, a. M.: Erler 83, 95. S. auch unten zu § 1586.

Die Zustimmung im Sinne des Abs. 2 ist kein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf die Bewahrung der ehelichen Treue. Ein solcher Verzicht wird thatsächlich meist eine Zustimmung enthalten, ist aber rechtlich nicht bindend, kann deshalb jederzeit widerrufen werden, womit dann auch die Zustimmung für die Zukunft wegfällt. — Auch eine — ausdrücklich oder stillschweigend gegebene — generelle Erlaubniß zum Ehebruche schließt das Scheidungsrecht aus. Davidson 26 (gegen **RG.** JW. 88 187), vgl. auch Enneccerus-Lehmann 340.

Ein Ehebruch, der nur zur Begründung des Antrags, auch den Kläger für schuldig zu erklären, oder nur zur Unterstützung einer auf andere Thatsachen

gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht ist, ist im Urtheile nicht als Scheidungsgrund festzustellen (§ 624 CPO.), begründet auch kein Ehehinderniß. Davidson 15.

3. Nach Schmidt (8) ist richterliches Ermessen im Sinne einer über die Würdigung des Thatbestandes hinausgehenden Erwägung hier ausgeschlossen.

4. Aus der Praxis: Ein Ehebruch, welcher im Einverständnisse mit dem anderen Ehegatten begangen wurde, ist kein Ehescheidungsgrund. R. **01** 144 (OLG. München).

Der Ehegatte, welcher dem anderen Theile den Ehebruch erlaubt hatte, kann dennoch auf Scheidung klagen, wenn er seine Erlaubniß in einer dem anderen Theile erkennbaren Weise zurückgezogen hat und dieser den ehebrecherischen Verkehr weiter fortsetzt. OLG. **3** 32, 33 (Hamburg), RG. JW. **01** 868.

Ein vor dem 1. Januar 1900 verübter, aber wegen gleichzeitigen Ehebruchs des anderen Ehegatten wirkungsloser Ehebruch kann die Scheidung nach neuem Rechte nicht rechtfertigen. RG. JW. **00** 465, 742, 642, OLG. **01** 325 (Celle). Entgegengesetzter Ansicht: OLG. **01** 323 (KG.), PosMschr. **00** 51, KGBl. **00** 28; darüber, daß ein vorehelicher Ehebruch nur einen Anfechtungsgrund bilden kann, siehe RG. JW. **02** Beil. 215, o. Ziff. 4d zu § 1333.

Ein Ehebruch ist nur dann als vorliegend anzunehmen, wenn zwischen dem einen Ehegatten und einer dritten Person anderen Geschlechts eine geschlechtliche Vereinigung stattgefunden hat (§ 172 StrGB.). OLG. **4** 402 (KG.).

Vollendeter Ehebruch liegt vor, wenn eine vollständige Vereinigung der Geschlechtstheile des einen Ehegatten und einer dritten Person stattgefunden hat, ohne Rücksicht darauf, ob ein Samenerguß erfolgt ist oder nicht. RG. JW. **02** Beil. 215.

Die Anstellung einer auf Ehebruch gestützten Scheidungsklage des Mannes bedeutet für sich allein noch nicht den Widerruf seiner früheren Zustimmung zum gewerbsmäßigen Betriebe der Unzucht der Frau, wenn sie seit Jahren diesem Gewerbe nachgegangen ist. OLG. **4** 86 (Colmar).

§ 1566. Schmidt führt hierzu aus: Die sittliche Auffassung beider Ehegatten über ihr eheliches Verhältniß oder das Maß der Zerstörung des wechselseitigen Vertrauens spielt keine Rolle (9). Es genügt jede, mit der Absicht der Tödtung vorgenommene Handlung, selbst wenn sich die vorhandene Tödtungsabsicht nur in Vorbereitungshandlungen, oder in der Verwendung untauglicher Mittel zu erkennen giebt.

Ein Ehegatte trachtet dem anderen nach dem Leben, wenn er durch sein Verhalten die ernstliche Absicht bekundet, den Tod desselben herbeizuführen. Versuch mit untauglichen Mitteln genügt. Davidson 29, ebenso Gerhard, Ehescheidungsgründe 9, Erler 99, a. M.: Endemann 680.

Erler 99 hebt hervor: Trägt sich ein Ehegatte ernsthaft mit dem Gedanken, das Leben des anderen Ehegatten anzutasten, so trachtet er ihm nach dem Leben. Es ist nicht erforderlich, daß der Ehegatte einen Schritt zur Ausführung des verbrecherischen Willens unternimmt. Dagegen hat OLG. Braunschweig, (BraunschZ. **47** 78) angenommen, daß eine Scheidung aus § 1566 nicht begründet sei, wenn ein Ehegatte in die für den anderen bestimmten Speisen Gift schütte, um ihn körperlich zu schädigen (nicht zu tödten) und ihm Schmerzen zu bereiten.

§ 1567. 1. Schmidt (11, 127) betont, daß die Scheidung zu unterbleiben hat, wenn der Beklagte objektiv berechtigt ist, der häuslichen Gemeinschaft fern zu bleiben, und daß es an den Voraussetzungen des § 1567 fehle, wenn der Fernbleibende sich in bona fide befinde. S. u. Ziff. 4 a. E. und 7.

2. Erler 101 ff.: Andere Fälle der böslichen Verlassung als die unter Ziffer 1 und 2 begriffenen giebt es nicht. Das Gesetz ordnet diesen Scheidungsgrund im § 1567 erschöpfend. Dagegen kann die Verletzung des im § 1353 ausgesprochenen Gebots der ehelichen Lebensgemeinschaft unter Umständen das Recht auf Scheidung aus § 1568 begründen. Die von einem Ehegatten aus freiem Willen einseitig herbeigeführte Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft muß die Merkmale einer widerrechtlichen Handlung an sich tragen. Da der etwaige Mangel des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit durch die Verurtheilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gehoben werden soll, kann der Mangel die Verurtheilung selbst nicht hindern. Giebt ein Ehegatte dem anderen Ehegatten rechtmäßige Ursache, sich von ihm zu entfernen, so geschieht die Entfernung nicht widerrechtlich. Die Ursache braucht nicht in Thatsachen zu bestehen, die den Anspruch auf Ehescheidung rechtfertigen. (103.) Die häusliche Gemeinschaft hat an dem Orte stattzufinden, den der Mann in Gemäßheit des § 1354 Abs. 1 BGB. dazu bestimmt. (105.) Derjenige Ehegatte, welcher auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft klagt, muß selbst bereit sein, die häusliche Gemeinschaft herzustellen. Er muß die ernstliche Absicht haben, das eheliche Zusammenleben wieder fortzusetzen. Der vom klagenden Ehegatten gehegte Wunsch, der andere Ehegatte möchte bei seiner Weigerung verharren, schließt Bereitschaft und ernstliche Absicht des klagenden Ehegatten nicht aus. (106, 107.) Ernstlich gemeinte Wiedervereinigungsversuche sind, auch wenn sie im Laufe des die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft betreffenden Rechtsstreits gemacht werden, zu berücksichtigen. Anders im nachfolgenden Scheidungsprozesse. (108.) Es wird nur verlangt, daß das Jahr vor dem Erlasse des Scheidungsurtheils, nicht daß es schon zu einem früheren Zeitpunkt, etwa dem Zeitpunkte der Klagerhebung, abgelaufen ist. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft muß ein Jahr hindurch ununterbrochen gedauert haben. Das Verhalten des Ehegatten, der dem Urtheil auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht Folge leistet, muß die Merkmale einer widerrechtlichen Handlung an sich tragen. Der verurtheilte Ehegatte muß sich der Widerrechtlichkeit seines Verhaltens bewußt sein. Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft nach Ablauf der Jahresfrist beseitigt den Scheidungsgrund an sich nicht. (110.) Im Falle der Ziff. 2 genügt der Nachweis, daß der Ehegatte die häusliche Gemeinschaft unter Umständen aufgegeben hat, die das Vorhandensein der böslichen Absicht erkennen lassen. Die fortdauernde Fernhaltung läßt dann eben auf fortdauernde bösliche Absicht schließen, solange entgegenstehende Thatsachen nicht bekannt geworden sind. (111.)

3. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, daß er irrthümlich angenommen habe, der andere Theil sei mit der Trennung einverstanden. Denn in Folge dieses Irrthums hört sein Fernbleiben nicht auf, ein objektiv und subjektiv rechtswidriges zu sein. Ein besonderer Beweis für das Vorhandensein des ernstlichen Willens, die Gemeinschaft wiederherzustellen, ist vom Kläger nicht zu erfordern. Davidson 47, 48.

4. Bösliche Absicht setzt voraus, daß das Fernbleiben in der Absicht geschieht, die häusliche Gemeinschaft aufzuheben, daß die Aufhebung eine rechtswidrige und der Ehegatte sich der Rechtswidrigkeit bewußt ist. Bösliche Absicht ist ausgeschlossen bei einem geisteskranken Ehegatten. Davidson 49 ff. Das Vorhandensein der böslichen Absicht ist aus den Umständen zu folgern, eines besonderen Nachweises bedarf es nicht; a. a. O. 50 ff. Der Beklagte kann sich zur Rechtfertigung seines Fernbleibens nur auf Thatsachen berufen, welche nach der Verurtheilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und vor Ablauf der einjährigen Frist entstanden oder ihm bekannt geworden sind. Schon der gute

Glaube, daß solche Thatsachen vorlägen, schützt den Beklagten; a. a. O. 52. Vgl. Erler 109. Abweichend: Fraenkel, Familienrecht 93, Cosack, Lehrbuch 494, Endemann 680.

5. Süßheim: Wiederholt es sich, daß der Ehegatte den anderen Theil verläßt, aber, um eine Scheidung zu hintertreiben, vor Ablauf des kritischen Jahres bezw. vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung auf einige Zeit zurückkehrt, so kann aus § 1567 nicht geklagt werden. Es wird dann aber meist eine so schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten seitens des böslichen Ehegatten und eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses vorliegen, daß die Anwendung des § 1568 in Frage kommt (409). Auch die minderjährige Ehefrau kann wegen böslicher Verlassung selbständig auf Ehescheidung klagen (415).

Die einjährige Frist ist vom Tage der Erlassung des Urtheils (nicht der Klagerhebung) an rückwärts zu rechnen. Davidson 52ff., ebenso Erler 108ff.; a. M.: Gerhard, Ehescheidungsgründe 11.

Eine nur zur Chikane, um die Scheidung zu verhindern, erfolgte vorübergehende Wiederherstellung der Gemeinschaft ist kein „dem Urtheile Folge leisten", steht daher der Scheidung nicht entgegen. Ebenso ist jeder nicht ernstlich gemeinte Wiedervereinigungsversuch unbeachtlich. Davidson 31, 53. — Bösliche Verlassung liegt auch vor, wenn beide Theile zwar in demselben Hause wohnen, der eine Ehegatte sich aber in abgesonderte Räume zurückzieht und dem anderen die eigentliche Wohnungsgemeinschaft verweigert. Davidson 47, ebenso Erler 101. Vgl. dagegen RG. JW. **98** 83.

Der Vertreter eines geschäftsunfähigen (geisteskranken) Ehegatten ist nicht in der Lage, im Falle des Abs. 2 N. 1 auf Scheidung zu klagen, da er zur Erhebung der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht befugt ist. § 612 CPO. Davidson 12.

Sind die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung erst eingetreten, nachdem die Verurtheilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft bereits erfolgt war, so kommt Abs. 2 N. 1 zur Anwendung. Davidson 32 Anm.

6. Abs. 3 kann für die Revisionsinstanz nicht mehr in Frage kommen. Davidson 33. Vgl. Erler 11; a. M.: Gerhard 17, Planck § 1567 Anm. 1b. Eine Verlassung, die den Erfordernissen des § 1567 nicht genügt, kann unter Umständen einen relativen Scheidungsgrund gemäß § 1568 bilden. Davidson 53 ff. mit Neumann I 2 zu § 1567, Zöller, R. **00** 250. S. u. Ziff. 5 zu § 1568.

7. Aus der Praxis: Der vor dem 1. Januar 1900 liegende Zeitraum, während dessen ein Ehegatte gegen den Willen des anderen sich von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat, kann bei Berechnung der Frist mitberücksichtigt werden. OLG. **I** 313 (Hamburg).

Bösliche Verlassung liegt nicht vor, wenn nach § 1353 Abs. 2 der Ehegatte berechtigt ist, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern. OLG. **1** 91 (Jena).

Ein Ehemann, welcher gegen seine eines guten Leumundes sich erfreuende Frau den Vorwurf des Ehebruchs leichtfertig erhoben hat und aufrecht erhält, kann nicht die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verlangen. RG. DJZ. **01** 163.

Der Begriff „unbekannter Aufenthalt" ist hier derselbe, wie für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung nach CPO. Ermittelungen können von dem klagenden Ehegatten nicht verlangt werden. RG. Gruchots Beitr. **35** 1025, DJZ. **00** 442.

OLG. 5 401 (KG.). Der klagende Ehegatte, der ein Urtheil auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft erlangt hat, braucht seinerseits nichts zu thun, um die Wiedervereinigung der Ehegatten herbeizuführen. Er kann vielmehr abwarten, ob und in welcher Weise der Beklagte der ihm durch das Urtheil gemachten Auflage nachkommen wird; nur darf er seinerseits nichts unternehmen, wodurch die vom anderen Theile beabsichtigte Herstellung der häuslichen Gemeinschaft vereitelt wird.

§ 1568. 1. Erler: Die Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten ist als eine schwere regelmäßig dann anzusehen, wenn der Ehegatte die betreffende Pflicht unmittelbar und mit einer gänzlichen Mangel an ehelicher Gesinnung bekundenden Rücksichtslosigkeit verletzt. Die Pflichtverletzung muß nicht nur an sich geeignet sein, das eheliche Verhältniß zu zerrütten, sondern diese Wirkung auch thatsächlich gehabt haben. Einem Ehegatten kann die Fortsetzung der Ehe als Erfüllung einer Rechtspflicht dann nicht mehr zugemuthet werden, wenn anzunehmen ist, daß seine eheliche Gesinnung durch die Pflichtverletzung des anderen Ehegatten völlig und unwiederbringlich zerstört worden ist, er also die Fortsetzung der Ehe nur als eine unerträgliche Last empfinden würde. (112, 113). Eine Ausschließung des Scheidungsrechts aus dem Gesichtspunkte der Aufrechnung kennt das BGB. nicht. Haben sich beide Ehegatten Handlungen schuldig gemacht, die unter den § 1568 fallen, so kann jeder Ehegatte Scheidung verlangen, wenn nicht etwa der Umstand, daß sich der klagende Ehegatte ebenfalls schuldvoll verhalten hat, die Annahme ausschließt, daß seine eheliche Gesinnung durch die Handlungen des anderen Ehegatten zerstört worden sei (116).

2. Schmidt: § 1568 verlangt eine strenge Gesetzesauslegung (6, 21 ff.). Im Einzelnen werden von § 1568 wirkliche Beschimpfungen, welche eine böswillige, empfindliche Ehrenkränkung in sich schließen, vorausgesetzt. Von falschen Anschuldigungen fällt hierunter nur eine solche, die einen schweren, die sittliche Integrität angreifenden Vorwurf enthält, von Drohungen nur rechtswidrige, gefährliche Bedrohung (23). Unter § 1568 ist ferner zu stellen: Unverträglichkeit und Zanksucht des einen Ehegatten, wenn sie sich in solchen vorsätzlichen Handlungen äußert, daß dadurch Leben und Gesundheit des anderen Theiles gefährdet wird (24). Für den Begriff „grobe Mißhandlung" kommen lediglich körperliche Mißhandlungen in Frage, nicht angreifende Gemüthserregungen. Wann eine grobe Mißhandlung vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls, vor Allem unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Stellung der Ehegatten, ihres Bildungsgrades oder des Gesundheitszustandes des mißhandelten Theiles festzustellen (23). Bei den unter den Begriff des „ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens" fallenden Verbrechen oder Vergehen ist es belanglos, welche Strafart und welches Strafmaß verhängt worden ist, ja ob überhaupt eine Strafe verhängt worden ist (28). Unter diesen Begriff sind zu stellen: unverbesserliche Trunksucht, Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes, Begehung unzüchtiger Handlungen, die nicht unter § 1565 fallen (29 f.), schuldhafte Verweigerung der kirchlichen Trauung (30), dagegen nicht Bekenntnißwechsel (32). Da es sich um einen relativen Scheidungsgrund handelt, muß der Richter in die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten eindringen; er muß ein Urtheil über Charakter und Persönlichkeit der Ehegatten zu gewinnen suchen, muß ihre Lebensverhältnisse und Lebensstellung, ihren Bildungsgrad, die Stärke ihres sittlichen Empfindens berücksichtigen, muß mit den Lebensanschauungen rechnen, die in dem Kreise herrschen, dem die Ehegatten entstammen (33 f.).

3. Davidson 57 ff.: Ein eigentlicher Kausalzusammenhang zwischen Verschuldung und Zerrüttung kann nicht gefordert werden, wenn die Ehe schon vorher eine völlig zerrüttete war. Es kommt solchenfalls nur darauf an, ob die Ver-

schuldung geeignet war, das eheliche Verhältniß unwiederbringlich zu zerstören, und ob demgemäß mit Sicherheit angenommen werden kann, daß dieser Erfolg, wenn nicht die Zerrüttung schon vorher bestanden hätte, auch thatsächlich eingetreten wäre.

Dem beleidigten Theile kann die Fortsetzung der Ehe nicht mehr „zugemuthet" werden, wenn die Bedingungen eines gedeihlichen, dem Wesen und den Zwecken der Ehe entsprechenden Zusammenlebens zerstört sind und ein Zwang zum ferneren Zusammenleben für ihn eine unbillige Härte enthalten würde. Daß eine spätere Versöhnung gänzlich ausgeschlossen erscheint, ist nicht erforderlich. — Ob und inwieweit ein besonderer Nachweis der thatsächlichen Zerrüttung der Ehe zu fordern ist, hängt von den konkreten Umständen ab. (60.)

Eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten ist nur dann eine schwere, wenn sie entweder einen gänzlichen Mangel an ehelicher Gesinnung bekundet oder doch die eheliche Gesinnung des anderen Theiles dauernd zu zerstören geeignet erscheint. (61.)

Wenn die Frau gegen unwürdige Behandlung (Mißhandlungen, Ehrenkränkungen) in der Weise reagirt, daß sie dem Manne, bis er sein Verhalten ändert, die eheliche Beiwohnung verwehrt, kann der Mann daraus einen Scheidungsgrund nicht herleiten. (62.)

Bei fortgesetztem Mißhandeln brauchen die einzelnen Mißhandlungen keine „groben" zu sein. (66.)

Auch die dauernde verächtliche Behandlung des anderen Ehegatten, Verweigerung des Unterhalts und schuldhafterweise herbeigeführte Unfähigkeit zur Unterhaltsgewährung kann als Scheidungsgrund gelten.

Unsittlich im Sinne des § 1568 ist ein Verhalten, das gröblich gegen die Gebote der Sittlichkeit verstößt, ehrlos ein solches, welches einen gänzlichen Mangel an Ehrgefühl erkennen läßt. — Eine Handlungsweise, die nur gegen die Anschauungen und Sitten eines größeren oder kleineren Personenkreises, z. B. gegen die Standesehre, verstößt, ist noch keine „unsittliche" oder „ehrlose". — Der subjektive Standpunkt des verletzten Ehegatten spielt nur eine sekundäre Rolle. Erst wenn feststeht, daß objektiv eine Verschuldung vorliegt, welche eine Ehe zu zerrütten an sich geeignet ist, ist zu prüfen, ob auch vom subjektiven Standpunkte des Klägers aus die Ehe thatsächlich zerrüttet ist. (70 ff.)

Wegen des Verbrechens oder Vergehens braucht Bestrafung nicht erfolgt zu sein. Andererseits wird, ohne daß der entehrende Charakter der Strafthat dadurch seine entscheidende Bedeutung verlöre, in vielen Fällen die Scheidung erst durch die hinzugekommene Verurtheilung gerechtfertigt werden, die häufig dem anderen Theile erst die wirkliche Schuld des Ehegenossen und die volle Schwere der That zum Bewußtsein bringt, ihn der Schande mit preisgiebt und deshalb wie auch wegen der durch die Strafverbüßung bedingten faktischen Trennung von besonderem Einfluß auf das eheliche Verhältniß ist. Insofern stellt neben der That als solcher die bestrafte That einen neuen selbständigen Scheidungsgrund dar. — Ein Ehegatte, der das Scheidungsrecht in Ansehung der That als solcher durch Verzeihung oder Fristablauf verloren hat, kann nach der später erfolgten Bestrafung unter entsprechenden Umständen noch die Scheidung verlangen. (77, 90, 93.) — Hinsichtlich der Schwere der Strafthat ist die strafrichterliche Beurtheilung für den Eherichter nicht ohne Weiteres maßgebend. (78.) (s. auch unten Note 7 e.)

4. Die Weigerung eines Ehegatten, sich kirchlich trauen zu lassen, gehört selbst in dem Falle, daß die kirchliche Trauung vor der standesamtlichen Eheschließung ausdrücklich zugesichert oder als selbstverständlich angenommen worden ist, nicht zu denjenigen Thatbeständen, die nach § 1568 den anderen Ehegatten zur Klage auf Ehescheidung berechtigen. Zeyß 22.

Sartorius 460 führt dagegen aus: Die Verweigerung der Trauung ist nicht an sich, d. h. als Verletzung einer kirchlichen Rechtspflicht, sondern nur dann Scheidungsgrund, wenn die besonderen Umstände des Falles sie unabhängig von kirchlichen Rechtsvorstellungen als ehrloses oder unsittliches Verhalten erscheinen lassen. Dies ist nur dann der Fall, wenn der andere Ehegatte vorsätzlich hintergangen ist.

5. a) Die bösliche Verlassung kann, wenn nicht die Voraussetzungen des § 1567 erfüllt sind, ein Scheidungsgrund auch nach § 1568 sein. Denn das eigenmächtige und in böslicher Weise erfolgte Aufgeben der häuslichen Gemeinschaft bildet an sich ein solches Verhalten, in der Regel auch eine so schwere Kränkung und Mißachtung des anderen Ehegatten, daß diesem die Fortsetzung der Ehe nicht mehr angesonnen werden kann. Zöller, R. **00** 250 (s. auch oben Ziff. 6 zu § 1567).

Ebenso KG. SächsA. **10** 383, OLG. **1** 11 (Breslau). Auf Fälle, für welche andere Vorschriften Bestimmung treffen, ist § 1568 nicht anzuwenden; die grundlose Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens ist daher kein Scheidungsgrund aus § 1568, da ein derartiges Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen von § 1567 als ausreichend zur Scheidung anerkannt wird.

b) Dagegen geht das **RG.** in der Entscheidung vom 28. II. 01 (JW. **01** 293 ff.) unter Aufhebung des zitirten Breslauer Urtheils davon aus, daß eine Scheidung aus § 1568 möglich ist, wenn der beklagte Ehemann mehrere Jahre von seiner Ehefrau getrennt lebt, ohne etwas von sich hören zu lassen.

Ebenso hält Fuld a. a. O. 239 ff. diese Anschauung für falsch. Die als absolute Scheidungsgründe betrachteten Verfehlungen eines Ehegatten sollen nur als solche in Betracht kommen können; ein absoluter Scheidungsgrund kann niemals ein relativer werden; mit dem Augenblicke, mit welchem man die Umwandelung des absoluten Grundes in einen relativen zugiebt, fällt die Grundlage der Trennung zwischen absoluten und relativen Gründen fort, zugleich aber setzt man sich ohne Weiteres über das System hinweg, das bei der Behandlung dieser Gründe dem BGB. als Grundlage gedient hat. Der Begriff der böslichen Verlassung im Sinne des positiven Rechtes ist durch § 1567 in durchaus bindender Weise formulirt und die Gesetzesauslegung überschreitet die ihr gesteckten Schranken, wenn sie daneben noch einen zweiten, die erwähnten Voraussetzungen entbehrenden Begriff anerkennt. Ehescheidung, gestützt auf bösliches Verlassen, ist daher niemals nach § 1568 möglich, man würde anderen Falles auch entgegen dem Willen des Gesetzes die Möglichkeit einer Scheidung im Wege gegenseitiger Uebereinstimmung herbeiführen (241/242).

6. Aussetzung von Amtswegen (§ 620 CPO.) ist nur zulässig, wenn Aussicht auf Aussöhnung gegeben ist. Davidson 14, **RG.** DJZ. **00** 481.

7. Aus der Praxis: a) Beiderseitiges Verschulden.

Das Recht eines Ehegatten, Scheidung aus § 1568 zu verlangen, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem anderen Ehegatten das gleiche Recht zusteht. Indessen kann dieser Umstand insofern von Bedeutung sein, als er die Folgerung zuläßt, daß die klagebegründenden Thatsachen, vom subjektiven Standpunkte des Klägers aus betrachtet, nicht geeignet sind, seine eheliche Gesinnung zu zerstören und ihm die Fortdauer der Ehe unerträglich zu machen. **RG.** JW. **00** 644.

Beide Eheleute können durch ihr beiderseitiges Verhalten die ehelichen Beziehungen zerrütten, und selbst der Umstand, daß durch den einen Theil die Ehe bereits zerrüttet ist, schließt nicht aus, daß das hinzutretende Verschulden des anderen Theiles diese Zerrüttung verschärft und dieser dadurch zu mitschuldigem Urheber des Thatbestandes des § 1568 wird. **RG.** JW. **01** 296.

Auch die Entscheidungen des **RG.** JW. **01** 324 und 832 führen aus:

Dadurch, daß der klagende Theil sich seinerseits ebenfalls einer die Scheidung

rechtfertigenden, vielleicht sogar noch schwerer wiegenden Verfehlung schuldig gemacht hat, wird die Anwendung des § 1568 nicht ausgeschlossen. Allerdings wird in solchen Fällen streng zu prüfen sein, ob unter den obwaltenden Umständen in dem Verhalten des anderen verklagten Theiles, namentlich mit Rücksicht auf den bei ihm etwa vorhandenen gerechtfertigten Unwillen, überhaupt eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten gefunden werden darf, und ob in Folge der betreffenden Verfehlungen des anderen Theiles wirklich eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeigeführt worden ist, daß — von seinem subjektiven Standpunkt aus betrachtet — dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann.

Eine Kompensation beiderseitiger Pflichtverletzungen findet nicht statt. Das **RG.**, JW. **01** 595, sagt hierüber:

Die von dem einen Ehegatten verschuldete Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses entbindet den anderen Ehegatten nicht von den durch die Ehe begründeten Pflichten, hindert also nicht, daß auch der letztere auf das noch immer bestehende, erst durch das rechtskräftige Scheidungsurtheil zur Auflösung kommende eheliche Verhältniß so zerstörend einwirke, daß dem ersteren die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann. Zum Thatbestande des Scheidungsgrundes aus § 1568 gehört, daß die thatsächlich bestehende Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses durch den anderen Ehegatten *verschuldet* ist. Eine solche ursächliche Verschuldung liegt aber nicht vor, wenn die als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten sich darstellende Handlung des anderen Ehegatten (gesundheitsgefährliche Mißhandlung) durch ein *gleich schuldvolles Verhalten* des die Scheidung suchenden Ehegatten (indem er den ersteren gereizt hat) veranlaßt wurde.

b) **RG.** JW. **01** 296, Gruchots Beitr. **46** 133. Die Zerrüttung des ehelichen Lebens ist verschuldet, wenn der die Zerrüttung herbeiführende Theil wenigstens das Bewußtsein hat, daß seine Handlungsweise diesen Erfolg haben werde.

LG. Mainz, HessRspr. **01** 118. Die Ehescheidungsklage kann nicht auf Handlungen gestützt werden, welche der beklagte Ehegatte im Zustand einer die freie Willensbestimmung ausschließenden Geistesstörung begangen hat.

c) Für Anwendung des § 1568 ist es nicht erforderlich, daß das Verschulden des beklagten Ehegatten die ausschließliche Ursache der Zerrüttung sei; es kann genügen, wenn durch sein Verschulden die Zerrüttung auf den Grad gebracht wurde, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe unerträglich gemacht ist. **RG.** JW. **01** 648.

d) Als „schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten" wurde anerkannt:

Oeffentliche Ehrenkränkung. **RG.** JW. **00** 847.
Wörtliche öffentliche Beleidigung. **RG.** JW. **01** 242.
Grobe Verunglimpfung. **RG.** JW. **01** 595.
Schwere briefliche Beleidigung. **RG.** JW. **01** 203.

Versagung der ehelichen Pflicht in ordnungsmäßiger Weise durch Weigerung, die Beiwohnung ohne Benutzung von Präservativs zu gestatten. **RG.** JW. **01** 456. Vgl. auch OLG. **1** 445 (Augsburg). Grundlose Beischlafsverweigerung fällt unter § 1568. Die Verweigerung ist aber berechtigt, wenn der andere Theil Ehebruch begangen hat und zwar auch dann noch, wenn der Ehebruch von dem anderen Ehegatten wegen Ablaufs der im § 1571 bestimmten Frist zur Begründung einer Ehescheidungsklage nicht mehr verwerthet werden kann. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 63 ff.

Versuchter Ehebruch, unzüchtige Handlungen. **RG.** JW. **01** 547.

Unvermögen zur Leistung der ehelichen Pflicht, sofern dasselbe schuldvoll durch unsittliches Verhalten herbeigeführt ist. RG. JW. 01 54.

Erhebung unwahrer Vorwürfe gegen den anderen Ehegatten im Prozesse. RG. JW. 01 596.

Pflichtversäumniß hinsichtlich der Kindererziehung (Töchtern heimlich gewährtes Gestatten des Besuchs berüchtigter Tanzlokale). RG. JW. 01 296, Gruchots Beitr. 46 133.

Nichtgewährung von Unterhalt, Fernbleiben von Frau und Kind, Mangel an Verständniß für die sittliche Bedeutung der Ehe. RG. JW. 01 324.

Langjähriges Fernbleiben von Frau und Kind, ohne Nachrichten zu geben. RG. JW. 01 293, Gruchots Beitr. 45 633.

Mißhandlungen (auch nicht grobe, und selbst dann, wenn der Thäter durch den anderen Theil gereizt worden ist). RG. JW. 01 596, 597 (47, 31) u. JW. 00 741.

Begehung schwerer Verbrechen (Abtreibung). OLG. 1 473 (KG.).

Trunksucht kann unter Umständen ein unsittliches Verhalten darstellen und, wenn sie sich als beharrliche bethätigt, Ehescheidungsgrund sein. Es kommt dabei auf die Zeit der Klage an. Eine spätere Heilung ist von Bedeutung, wenn sie in Frage zu stellen geeignet ist, ob das frühere Verhalten ein beharrlich bethätigtes gewesen ist. RG. 38 219 und JW. 02 71.

Aufgeregtheit eines Ehegatten ist als Grund der Zerrüttung der Ehe nicht anerkannt von RG. JW. 01 53.

e) Nicht die Verurtheilung, sondern die ehrlose Strafthat selbst bildet die Voraussetzung der Scheidung, wie OLG. Hamburg HansGerZ. 00 115 sagt. Hatte auch ein Ehegatte von der Bestrafung des anderen Ehegatten Kenntniß, so können dennoch neue Strafthaten des letzteren Anlaß zur Zerrüttung des ehelichen Lebens geben (s. auch oben S. 67 Note 3 a. E.). Hat der klagende Ehegatte ein ehrloses Verhalten des anderen Gatten bewiesen, so kann ihm nicht noch der weitere Beweis aufgebürdet werden, daß gerade dieses Verhalten zur Zerrüttung des ehelichen Lebens geführt hat.

f) Der Ehescheidungsgrund besteht in einer von dem anderen Ehegatten verschuldeten Verfehlung, so daß unüberwindliche Abneigung des klagenden Ehegatten nicht mehr Scheidungsgrund sein kann.

g) Das ehrlose und unsittliche Verhalten muß während der Ehe erfolgt sein. RG. JW. 00 563, Gruchots Beitr. 45 1027.

h) Ob eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten schwer ist oder nicht und ob dadurch dem verletzten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe unerträglich geworden ist, ist thatsächliche Feststellung und deshalb der Revision entzogen (§ 561 CPO.) RG. JW. 00 726, 892, Gruchots Beitr. 45 1028, RG. JW. 01 596.

i) Es genügt, daß der schuldige Theil auch nur die mitwirkende Ursache zur Zerrüttung gesetzt hat. RG. JW. 01 296.

§ 1569. 1. Erler 117 ff.: Der Scheidungsanspruch besteht unabhängig davon, ob der andere Ehegatte die Zerrüttung seines Geistes durch eigene Schuld herbeigeführt hat. Bloße Geistesschwäche bildet keinen Scheidungsgrund. Die Zulässigkeit der Scheidung wegen Geisteskrankheit ist von einer vorgängigen Entmündigung des geisteskranken Ehegatten nicht abhängig. Der Ehescheidungsrichter kann Geisteskrankheit als Ehescheidungsgrund selbständig und von den im Entmündigungsverfahren getroffenen Feststellungen unabhängig feststellen. (118). Es genügt, wenn der für die Krankheitsdauer vorgeschriebene dreijährige Zeitraum bei der Urtheilsfällung vollendet ist. Es erscheint nicht ausge-

schlossen, vorübergehende Zwischenräume gesunder Vernunft in den dreijährigen Zeitraum mit einzurechnen. Art und Beschaffenheit der Krankheit sind hierfür maßgebend. Die geistige Gemeinschaft zeigt sich in der gegenseitigen, mehr oder minder regen Theilnahme an Allem, was das geistige Leben der Ehegatten erfüllt. Es genügt, wenn die Krankheit den Höhepunkt, daß der Ehegatte die Fähigkeit zur geistigen Gemeinschaft unwiederbringlich verloren hat, zur Zeit der Urtheilsfällung erreicht hat. Der gesetzliche Thatbestand des Ehescheidungsgrundes deckt sich nicht mit dem Begriffe der unheilbaren Geisteskrankheit (119).

Nach Schmidt 43, 46 ist die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten dann aufgehoben, wenn auf Seiten des geisteskranken Ehegatten die volle Unfähigkeit des Verständnisses und der Empfindung für das eheliche Verhältniß, wie für die aus diesem Verhältniß entspringenden sittlichen Pflichten vorliegt. „Jede Aussicht auf Wiederherstellung" heißt: jede Aussicht nach menschlicher, begründeter Ueberzeugung.

Davidson 82 ff. Die geistige Gemeinschaft ist aufgehoben, wenn der Geisteskranke sich der ehelichen Beziehungen zu dem anderen Theile nicht mehr bewußt ist oder doch für die das eheliche Verhältniß betreffenden Angelegenheiten kein Verständniß und Interesse mehr hat (82). Bei der von Oertmann, A.bürgR. 18 394 an diese Begriffsbestimmung geknüpften Kritik ist augenscheinlich die zweite Alternative (beginnend mit: „oder doch") gänzlich übersehen. Mit Davidson im Wesentlichen übereinstimmend: Lenel, DJZ. 00 216 ff. Dagegen identifizirt das RG. JW. 01 297 geistige Gemeinschaft mit ehelicher, vom Bewußtsein sittlicher und rechtlicher Pflichten getragener Gemeinschaft. — Bloß partielle Geisteskrankheit ist kein Scheidungsgrund, sofern nicht die fixen Ideen gerade von der Art sind, daß sie eine geistige Gemeinschaft unter den Ehegatten unmöglich machen (84).

„Aussicht" auf Wiederherstellung bedeutet: zur Zeit wissenschaftlich begründbare Aussicht. Lenel 218.

2. Die drei Bedingungen, unter denen eine Geisteskranheit zur Ehescheidung berechtigt, beziehen sich auf ihr Verhältniß zur Vergangenheit (3 Jahre Dauer), Gegenwart (Aufhebung der geistigen Gemeinschaft) und Zukunft (Ausschluß jeder Aussicht auf Wiederherstellung). Dr. med. Schultze a. a. O. 44.

3. Die von Aron vertretene Ansicht, daß für geisteskranke nicht entmündigte Personen keine Pflegschaft zur Vertretung im Ehescheidungsverfahren eingeleitet werden könne, ist vom Kammergericht (OLG. 1 317) nicht gebilligt.

Davidson 80. Die Klage kann auch gegen einen nicht entmündigten, nur durch einen Pfleger (§ 1910 Abs. 2) vertretenen Ehegatten angestellt werden. Ebenso Neumann, Erler. Ist die Eheschließung während eines lucidum intervallum erfolgt, so ist Anfechtung aus § 1333 gegeben, jedoch auch Klage aus § 1569 statthaft. Vgl. Planck 2c zu § 1569.

Eine nachträglich eingetretene Geisteskrankheit beseitigt nicht das vorher auf Grund der §§ 1565—1568 erwachsene Scheidungsrecht. Der Vertreter des Geisteskranken ist aber einer Klage aus § 1569 gegenüber nicht in der Lage, ohne Widerklage die Schuldigerklärung des Klägers gemäß § 1574 Abs. 2 zu beantragen. Davidson 84.

4. Davidson 81 ff. Die dreijährige Frist ist von der Urtheilsfällung (nicht Klagerhebung) an rückwärts zu rechnen, so auch Erler, Staudinger, Endemann gegen Gerhard. — Lichte Augenblicke hindern den Fristlauf nicht, ebenso Gerhard, Erler.

5. Paech, DJZ. 02 505 tritt dafür ein, daß auch bei der Scheidung der Ehe wegen Geisteskrankheit der unterliegende kranke Ehegatte die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

6. Aus der Praxis: Die Entstehungsgeschichte ergiebt, daß der Mangel des Bewußtseins der mit dem anderen Gatten gemeinsamen Interessen und des Willens, diesen nach Kräften zu dienen (DJZ. 00 217) nicht genügt, vielmehr der geistige Tod, die völlige Geistesumnachtung bzw. Verblödung, also ein Zustand, in welchem der Kranke die Scheidung nicht mehr empfindet und nur mehr von einer animalischen Forterxistenz gesprochen werden kann, hat als Scheidungsgrund angenommen werden sollen. OLG. 2 326 (Köln).

A. M. OLG. 2 324 (Hamburg): Aufhebung der geistigen Gemeinschaft liegt vor, wenn die Geisteskrankheit des einen Ehegatten es zu Wege gebracht hat, daß keinerlei geistige Beziehungen zwischen den Ehegatten mehr bestehen, daß selbst die für jede Ehe zu erfordernden gemeinsamen Familieninteressen durch die Geisteskrankheit ertödtet sind, und daß der Geisteskranke nicht mehr im Stande ist, an dem Lebens- und Gedankenkreise seines Ehegatten irgendwie theilzunehmen. Ein geistiger Tod des erkrankten Ehegatten, dergestalt, daß er nur ein animalisches Dasein führt, ist nicht nothwendig. Ebenso Königsberg, ebenda 4 88. Vgl. auch Karlsruhe, ebenda 3 31.

Wegen Geistesschwäche kann auf Scheidung nicht erkannt werden. OLG. 5 12/13 (Celle).

§ 1569 setzt die Ausschließung der geistigen Gemeinschaft, nicht eheliche Gemeinschaft voraus, damit ist eine höhere Gemeinschaft, als das bloße Zusammenleben der Eheleute gemeint, nämlich eine solche, bei der diese zu gemeinsamem Denken und Fühlen befähigt sind. RG. JW. 02 Beil. 244.

Für Bemessung des erforderlichen Krankheitsgrades ist darauf Werth zu legen, daß die Ehe ein auf sittlichen Rechten und Pflichten beruhendes Lebensverhältniß ist. RG. JW. 01 297. (S. o. Ziff. 1.)

§ 1570. 1. a) Erler 120 ff. Die Verzeihung im Sinne des BGB. ist ein innerer seelischer Vorgang. Ein Ehegatte verzeiht, wenn er erlittenes Unrecht im Gemüthe nicht nachträgt, wenn er, obgleich er sich mit Recht verletzt fühlen darf, dieser Empfindung nicht oder doch nicht mehr Raum giebt und sich in die geschaffene Lage findet, gleich als wäre das Geschehene ihm gegenüber kein Unrecht. Die Verzeihung ist nicht in dem Sinne eines Verzichts auf das Scheidungsrecht zu verstehen, ein Verzichtswille ist vielmehr überflüssig. Für die Verzeihung bildet die Erklärung ein Mittel der Offenbarung und einen Beweisgrund, ist aber nicht, wie bei der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, ein nothwendiges Erforderniß. Verzeihung kann auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft. (121.) Verzeihung muß ein Ausfluß freier Selbstbestimmung sein. Sie kann nicht von einem Vertreter ausgehen, wohl aber durch einen solchen erklärt werden. Ist der Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zur Verzeihung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Die Erklärung, verzeihen zu wollen, ist nicht deshalb unwirksam, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. (122.) Die Frage, ob unter einer Bedingung oder unter einem Vorbehalte, z. B. dem Vorbehalte der Besserung, verziehen werden kann, ist zu verneinen. Die Verzeihung kann ihrer Natur nach nur bedingungs- und vorbehaltlos gedacht werden. Verzeihung auf Zeit widerstreitet ebenfalls der Natur der Verzeihung. Es beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit der Verzeihung, wenn letztere nicht dem anderen Ehegatten gegenüber erklärt ist, ebensowenig, wenn dieser die Verzeihung nicht angenommen oder überhaupt nicht erfahren hat. Die im Voraus abgegebene Zusicherung der Verzeihung eines noch nicht begangenen Ehevergehens ist keine Verzeihung. Eine strafbare Handlung kann schon vor ihrer Aburtheilung und Bestrafung verziehen werden. Verzeihung setzt Kenntniß des begangenen Unrechts voraus, doch kommt es auf genaue Kenntniß der Einzel-

heiten nicht an. (124.) Zurücknahme der Klage ist nur ein Beweisgrund für die Verzeihung des darin gerügten Ehescheidungsgrundes. Inwieweit Leistung der ehelichen Pflicht als stillschweigende Verzeihung anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen des Falles. Die Frage, ob der Ehegatte auf das bereits erworbene Recht der Scheidung rechtsgeschäftlich verzichten könne, ist zu bejahen. (125, 126.)

b) Süßheim 410: Die Verzeihung braucht nicht ausdrücklich geäußert zu werden. Die öffentliche Erklärung, daß dem böswillig abwesenden Ehegatten verziehen sein solle, genügt, auch wenn dieser selbst von der Bekanntmachung nichts erfährt; ob mit derselben die übliche Aufforderung zur Rückkehr verbunden wird oder nicht, ist gleichgültig. Eine Zurücknahme der Verzeihung ist auch bei irrthümlicher Ertheilung nicht angängig. Soll nach gewährter Verzeihung Scheidungsklage angestellt werden, so ist nothwendig, daß der Thatbestand der böslichen Verlassung seit der Verzeihung neuerdings gegeben ist. Der Verlust des Klagerechts ist mit der Verzeihung auch dann verbunden, wenn der Verzeihende von dem Bestehen des ersteren keine Kenntniß hatte oder wenn er irrthümlich der Meinung war, unter Vorbehalt des Klagerechts Verzeihung gewähren zu können.

c) Verzeihung ist ein Verhalten des Verletzten, welches erkennen läßt, daß er dem Schuldigen die Verfehlung nicht in erheblichem Maße im Gemüthe nachtragen will. — Verzeihung ist weder Rechtsgeschäft noch Rechtshandlung, hat vielmehr lediglich thatsächlichen Charakter. Davidson 85 ff. Ebenso Erler 121, Lüttgert, Zeitschr. f. Kirchenrecht **10** 95 ff. — Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf das Scheidungsrecht ist an sich, d. h. soweit er nicht eine Verzeihung in sich schließt, rechtlich bedeutungslos. Davidson 90 ff. Ebenso Staudinger, Anm. 6 zu § 1570, Neumann, Anm. II 1 zu § 1565, Anm. 5 zu § 1570; a. M.: Planck, Erler, Lüttgert.

d) Die Verzeihung muß ernstlich gemeint sein, eine Mentalreservation ist aber nicht zu beachten. Davidson 86. Vgl. Lüttgert a. a. O. 99.

Der geheime Vorbehalt, welchen sich ein Ehegatte bei Verzeihung eines vom anderen verübten Ehevergehens dahin macht, daß die Verzeihung nicht ernstlich gemeint sei und daß er sich das Recht auf Scheidung noch wahren wolle, ist rechtlich unwirksam. Auch wenn man die Verzeihung den Regeln der Rechtsgeschäfte nicht grundsätzlich unterstellen will, so verdient doch das in dem geheimen Vorbehalte liegende, gegen die sittlichen Grundlagen des ehelichen Verhältnisses sich richtende, täuschende Verhalten keine Berücksichtigung. **RG. JW. 01** 386.

e) Die Verzeihung ist ein höchstpersönlicher Akt. Der gesetzliche Vertreter kann nicht für den Minderjährigen oder Geisteskranken verzeihen. Davidson 87; a. M.: Endemann 679. Der Minderjährige verzeiht selbst, der Geisteskranke kann — wegen mangelnder Willensfähigkeit — überhaupt nicht rechtswirksam verzeihen. Davidson 87 gegen Planck, Anm. 1 zu § 1570.

f) Von der nachträglich ertheilten Zustimmung (§ 1565) unterscheidet sich die Verzeihung dadurch, daß der Zustimmende die schuldhafte Handlung billigt, der Verzeihende sie mißbilligt. Davidson 87.

g) Freiwillige Leistung der ehelichen Pflicht ist regelmäßig Verzeihung. — Bloße Fortsetzung der häuslichen Gemeinschaft ohne Merkmale eines friedlichen Einverständnisses ist nicht Verzeihung, ebensowenig das Zusammenschlafen in einem Schlafraum oder Bett, falls dasselbe durch den Mangel an geeigneten anderen Schlafräumen oder Betten veranlaßt wird. Die Klagezurücknahme hat nur unter besonderen Umständen die Wirkung der Verzeihung. Nur die dem Verzeihenden bekannt gewordenen Thatsachen gelten als verziehen. Auch generelle Verzeihung ist wirksam. Davidson 89 ff.

2. Aus der Praxis: Die Verzeihung kann stillschweigend erfolgen, und zwar allgemein wegen aller, selbst der noch nicht bekannt gewordenen Verfehlungen, nur muß in derartigen Fällen der Wille des Verzeihenden in erkennbarer Weise darauf gerichtet gewesen sein, daß die Verzeihung in solchem Umfange habe ertheilt werden sollen. **RG** JW. 02 Beil 260.

Verzeihung erfordert nicht, daß der Verzeihende den Willen habe, auf frühere Scheidungsansprüche zu verzichten. Vielmehr ist sie gegeben, wenn nur der Ehegatte sein subjektives Empfinden zum Ausdrucke bringt, daß er trotz der erfahrenen Unbill die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft als für ihn erträglich ansehe. **RG.** JW. 02 13.

Ein durch Begehung eines Delikts, das demnächst zur Verurtheilung geführt hat, verübtes Ehevergehen kann rechtswirksam schon nach der Begehung des Delikts — vor Verurtheilung und Strafantritt — verziehen werden. **RG.** JW. 01 386.

Ein Fehltritt, der zur Scheidungsklage berechtigen würde, kann auch bedingt verziehen werden. **RG.** Seuff. A. 55 161.

§ 1571. 1. a) Davidson 92 ff. Verlängerung der Fristen durch Vertrag ist unzulässig. Sind im Falle des § 1568 die Folgen der Verfehlung — wie bei selbstverschuldeter Impotenz, Verbrechen — von wesentlicher Bedeutung für die Begründung der Scheidungsklage, so laufen die Fristen erst vom Eintritte der Folgen bzw. der Kenntniß derselben an. Bei böslicher Verlassung fangen, so lange diese dauert, die Fristen überhaupt nicht zu laufen an, ebenso bei Versagung der ehelichen Pflicht oder Unterhaltsverweigerung (93) (s. auch u. 2a.)

b) Abs. 2 Satz 1. Im Falle der Unterbrechung der Fristen durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft scheidet der vor der Unterbrechung liegende Zeitraum aus dem Fristlauf aus. 94 (mit Erler 128; a. M.: Neumann, Anm. 2 zu § 1571).

c) Abs. 2 Satz 2. Durch die an den scheidungsberechtigten Ehegatten gerichtete Aufforderung wird die Frist auch dann in Lauf gesetzt, wenn die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft eine unfreiwillige, nothwendige ist, z. B. während der Verbüßung einer Freiheitsstrafe (95).

Geltendmachung eines Scheidungsgrundes im Wege der Einrede (§§ 1353, 1567, 1568) unterbricht die Fristen nicht. — Die Widerklage ist nur dann rechtzeitig, wenn die Fristen z. Zt. ihrer Erhebung noch nicht verstrichen waren (96). A. M.: Scherer 268, nach dessen Ansicht es auch hier auf den Tag der Klagerhebung ankommt.

2. Erler führt (128, 129) aus: a) Zu Abs. 1: Die Ehegatten können weder die Verlängerung der Frist vereinbaren, noch auf ihre Geltendmachung verzichten. Der Kenntniß steht die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß nicht gleich. Die Fristen können bei fortdauernden Zuwiderhandlungen, z. B. bei böslicher Verlassung, nicht beginnen, solange dieses stets aufs Neue einen Scheidungsgrund begründende Verhalten dauert. Bei dem Scheidungsgrunde der böslichen Verlassung können die Fristen frühestens mit dem Ablaufe der im § 1567 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Jahresfrist beginnen (s. auch o. 1 a). Die Ausschließung des Scheidungsrechts durch Fristablauf hat diejenige Partei zu beweisen, die sich darauf beruft. Da die Statthaftigkeit des Einwandes die Aufrechterhaltung der Ehe zur Folge haben würde, kann Beweis auch von Amtswegen erhoben werden. Wird die Widerklage im ersten Termine zur mündlichen Verhandlung erhoben, so ist die sechsmonatige Frist gewahrt, auch wenn zwischen der Klagerhebung und der ersten mündlichen Verhandlung ein längerer Zeitraum als sechs Monate liegt, es sei denn, daß die Frist schon zur Zeit der Klagerhebung abgelaufen war.

b) Zu Abs. 2: Unter „Frist" ist hier sowohl die sechsmonatige, als auch die zehnjährige Frist zu verstehen. Die Frist muß zusammenhängend verlaufen. Die Frist ist nicht gewahrt, wenn die rechtzeitig erhobene Scheidungsklage wieder zurückgenommen wird.

c) Zu Abs. 3: Der Erhebung der Klage steht die einredeweise erfolgende Geltendmachung von Ehescheidungsthatsachen nicht gleich. S. auch oben 1 c.

3. Süßheim bemerkt a) zu Abs. 1: Die Frist für den Ausschluß des Ehescheidungsrechts beginnt erst dann, wenn der verlassene Ehegatte erfährt, daß er böslich verlassen wurde (410).

b) Zu Abs. 2: Nach Ablauf der sechsmonatigen Frist, innerhalb welcher der böslich verlassene Ehegatte die Wahl hatte, die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder Klage zu erheben, ist der böslich verlassene Ehegatte nun seinerseits zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nur dann nicht verpflichtet, wenn sich die an ihn ergangene Aufforderung zur gemeinsamen Wiederaufnahme der häuslichen Gemeinschaft als Mißbrauch erweisen würde; anderenfalls hätte der verlassene Ehegatte, die thatsächliche Bereitwilligkeit des anderen Theiles zur Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft vorausgesetzt, selbst eine Ehescheidungsklage zu gewärtigen (411, 412).

c) Zu Abs. 3 u. 4: Die Ladung zum Sühnetermine verliert erst dann ihre der Klagerhebung gleichgestellte Wirkung, wenn der Kläger auch im zweiten Termine nicht erschienen ist.

d) Die Fristen des § 1571 sind Ausschlußfristen, nicht Verjährungsfristen, und daher von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Ausschlußfrist des § 1571 kann bis zu 9 Monaten dadurch erstreckt werden, daß der böswillig verlassene Ehegatte die Ladung zum Sühnetermin erst am Ende des sechsten Monats ergehen läßt und erst am Ausgange des weiteren dritten Monats zur Klagerhebung schreitet; unter Umständen wird, besonders bei wiederholter Anberaumung des Sühnetermins, sogar eine längere als neunmonatige Ausschlußfrist herbeigeführt.

e) Irrig ist die Ansicht, daß falls der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte böslich verlassene Ehegatte ohne gesetzlichen Vertreter ist, die dreimonatige Frist des Abs. 3 des § 1571 eine Verlängerung auf sechs Monate erfährt. Keine bösliche Verlassung im Sinne der §§ 1567 und 1571 liegt vor, wenn ein Ehegatte den anderen Ehegatten, der in Folge andauernder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit oder mit Rücksicht auf seine bereits vorgenommene Entmündigung wegen Geisteskrankheit geschäftsunfähig ist, verlassen hat. Denn ein Ehegatte in derartiger Geistesverfassung besitzt keinen rechtlich erheblichen Willen mehr, dem entgegen der abwesende Ehegatte die häusliche Gemeinschaft aufgeben könnte, ganz abgesehen davon, daß die Scheidungsklage weder durch den geschäftsunfähigen Ehegatten (§ 105 BGB., § 52 CPO.) noch durch dessen gesetzlichen Vertreter angestrengt werden kann (§ 612 Abs. 2 CPO. [414]).

4. Die für eine wirksame Verzeihung erforderliche Willensfähigkeit ist unter entsprechender Anwendung der Vorschriften zu beurtheilen, die die personenrechtlichen Rechtsgeschäfte der Ehegatten regeln. Neumann, Festgabe f. Wilcke 216.

5. Hellwig hebt hervor (163), daß Versäumung der Frist das materielle Recht auf Scheidung vernichtet und nur indirekt das Klagerecht.

Ist die häusliche Gemeinschaft aufgehoben, so muß, um die Frist in Lauf zu setzen, der klageberechtigte Ehegatte von dem anderen aufgefordert werden, die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder Klage zu erheben. **RG.** JW. **01** 185.

Vgl. auch Röttgen, Die sechsmonatige Frist des § 1571 während der Uebergangszeit. R. **00** 205 ff.

6. Aus der Praxis: a) **RG. 46** 156, JW. **00** 636, **01** 204. Die Fristen des § 1571 können auf Klagen, welche am 1. Januar 1900 bereits geschwebt haben,

nicht zur Anwendung gebracht werden; sie haben frühestens am 1. Januar 1900 in Lauf treten können.

b) Abs. 2: OLG. **2** 329 (Karlsruhe): Unter der „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft" ist nichts Anderes, als die „faktische Trennung" zu verstehen, der Ausdruck hat hier dieselbe Bedeutung, wie in den §§ 1567 und 2028 und will nichts Anderes, als „gemeinschaftliche Haushaltung" besagen, im Gegensatze zu der „ehelichen Lebensgemeinschaft", welche im § 1353 als die beiderseitige Verpflichtung festgesetzt ist.

OLG. **4** 338 (KG.): Nur eine freiwillige Trennung kann als Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft in Betracht kommen, insbesondere also nicht eine durch Verbüßung einer Gefängnißstrafe hervorgerufene (vom **RG.** bestätigt). Ebenso OLG **5** 399 (Königsberg): Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ist nur dann vorhanden, wenn ein Theil die Herstellung verweigert.

OLG. **4** 90 (Dresden): Als eine Aufforderung im Sinne des Abs. 2 S. 2 des § 1571 ist auch die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft anzusehen.

OLG. **4** 89 (Dresden): Auch die Ausschlußfristen des früheren Rechtes laufen nicht, wenn die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist.

c) Abs. 3: **RG.** JW. **02** Beibl. 248: In die Ladung zum Sühnetermin ist die Aufnahme bestimmter einzelner Scheidungsgründe nicht erforderlich.

§ 1572. Für die Rechtzeitigkeit der vom Widerkläger nachträglich geltend gemachten Scheidungsgründe ist der Tag der Erhebung der Widerklage (nicht der Klage) maßgebend. Davidson 99. Ebenso Planck, Anm. 2 zu § 1572, Erler 129, a. M. Schroeder, Verlöbniß und Ehe 63, Scherer 268.

Auch in diesem Falle steht die Ladung zum Sühnetermine der Erhebung der Klage gleich. Erler 130.

Ueber entsprechende Anwendung des § 1572 auf § 1339 OLG. **5** 394 (o. Ziff. 3 zu § 1339).

§ 1573. 1. Nur zur Unterstützung dürfen u. A. geltend gemacht werden:

a) Thatsachen, die in einem früheren Rechtsstreite geltend gemacht worden sind.

b) Thatsachen, die früher nicht geltend gemacht worden sind, aber hätten geltend gemacht werden können.

2. Dagegen sind zur Begründung des Scheidungsanspruchs benutzbar:

a) Thatsachen, die nach dem Zeitpunkt entstanden sind, bis zu welchem ihre Geltendmachung in dem früheren Rechtsstreite statthaft war.

b) Thatsachen, die dem Kläger selbst damals unbekannt waren.

c) Thatsachen, die ihm zwar bekannt waren, deren Nachweisung ihm aber damals unmöglich war. Erler 130, 193, 194.

Die Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn nach Anstellung der Klage Verzeihung stattgefunden hatte und die neuen Thatsachen erst im Verlaufe des Rechtsstreits eingetreten sind. Davidson 101.

3. Nach **RG.** JW. **01** 597 bezieht § 1573 sich auch auf verziehene Ehescheidungsgründe. Ebenso führt OLG. Karlsruhe (DJZ. **01** 416) aus, der Grundsatz, daß Thatsachen, auf welche eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, nicht mehr als selbständige Klagegründe verwerthet, sondern nur zur Unterstützung einer auf anderen Thatsachen beruhenden Scheidungsklage geltend gemacht werden dürfen, sei in den Gesetzestext gerade in dieser allgemeinen Fassung aufgenommen, um diejenigen Fälle zu decken, in denen das Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder Fristablauf oder nach § 616 CPO. durch Urtheil ausgeschlossen ist.

§ 1574. 1. a) Abs. 1 und 2. Davidson 103. Ist die Schuldigerklärung versehentlich unterblieben, so kann Urtheilsergänzung nach § 321 CPO. beantragt werden. Ein neuer Prozeß dieserhalb ist unstatthaft.

b) Abs. 3. Davidson 103, 104. Der Antrag des Beklagten, dessen Scheidungsrecht durch Verzeihung oder Fristablauf erloschen ist, ist begründet, wenn Beklagter in dem Zeitpunkte scheidungsberechtigt war, in welchem der Scheidungsgrund des Klägers zur Entstehung gekommen ist. Stützt sich die Scheidungsklage auf eine fortgesetzte Handlung oder einen Zustand von längerer Dauer (fortgesetzte Mißhandlung, bösliche Verlassung, Trunksucht, schamlosen Verkehr u. s. w.), so ist derjenige Zeitpunkt maßgebend, in welchem die fortgesetzte Handlung oder der Zustand von längerer Dauer den Charakter eines Scheidungsgrundes angenommen hat. — Hat Kläger mehrere Scheidungsgründe, so ist der Antrag nur begründet, wenn das Scheidungsrecht des Beklagten zur Zeit des Eintritts jedes einzelnen der vom Richter als vorhanden festgestellten Scheidungsgründe bestanden hat.

Gravenhorst, A.bürgR. 18 259. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll das Antragsrecht dem Beklagten offenbar auch in den Fällen zustehen, wo die Verfehlung des Klägers zeitlich später liegt als die des Beklagten. Der Wortlaut des Gesetzes besagt allerdings das Gegentheil.

c) Der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten bedarf zur Stellung des Antrags der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht. Trennung der Schuldfrage von der Scheidung ist grundsätzlich zu vermeiden. Davidson 105 ff.; a. M.: Erler 229.

2. Gravenhorst führt a. a. O. (259 ff.) aus: Die Bestimmung des Abs. 3, daß ohne Erhebung einer Widerklage auf Antrag des mit der Scheidungsklage überzogenen Ehegatten auch der Kläger für schuldig zu erklären ist, wenn Beklagter seinerseits auf Scheidung klagen könnte, oder, falls sein Recht durch Verzeihung oder Fristablauf bereits ausgeschlossen ist, wenn er es zur Zeit des Eintritts des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes konnte, enthält eine — wohl unbeabsichtigte — Lücke. Dem Beklagten steht nämlich dieses Antragsrecht nicht zu, wenn sein Klagerecht zeitlich später als das des Klägers entstanden, aber gleichwohl bei Klagerhebung durch Verzeihung oder Fristablauf bereits erloschen ist, denn in diesem Falle war Beklagter „zur Zeit des Eintritts des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes“ noch nicht berechtigt, auf Scheidung zu klagen.

Da die sechsmonatige Verjährungsfrist der Scheidungsklage erst in dem Zeitpunkte beginnt, in dem der andere Ehegatte von dem Scheidungsgrunde Kenntniß erlangt (§ 1571), so kann der später eingetretene Scheidungsgrund leicht vor dem früheren der Verjährung anheimfallen. Als Resultat ergiebt sich die widersinnige Möglichkeit, daß einem auf Scheidung Verklagten der Schutzantrag des Abs. 3 nicht zusteht, weil die Verfehlung des Klägers der Gegenwart zu nahe liegt, daß ihm der Antrag aber zustehen würde, wenn die Verfehlung zeitlich weiter zurückläge.

3. Erler 133, 228: Die Entscheidung über die Schuldfrage ist im öffentlichen Interesse nothwendig. Der Richter hat die Entscheidung von Amtswegen zu treffen. Verträge über Regelung der Schuldfrage sind unverbindlich. Urtheile, die nur noch die Schuldfrage entscheiden, fallen nicht unter § 625 CPO. (232). Trotz Zugehörigkeit des Ausspruchs über die Schuldfrage zur Entscheidung über die Hauptsache ist es doch zulässig, ersteren ohne letztere anzufechten. Die Anfechtung wird dadurch, daß die Entscheidung über die Hauptsache in Rechtskraft übergeht, nicht unzulässig (236).

Allein wegen der Schuldfrage kann Berufung im Ehescheidungsprozesse nicht eingelegt werden. Nachdem die Ehe wegen Verfehlung des einen Theiles geschieden ist, bleibt, wenn nicht diese Scheidung selbst angefochten wird, kein Raum für eine abweichende Regelung der Schuld. So KG. (OLG. 2 327). Vgl. auch **RG. 33** 202.

Eine Berufung des für schuldig erklärten Ehegatten aus dem Grunde, daß nicht auch der andere Ehegatte für schuldig erklärt ist, wird aber vom OLG. Dresden in OLG. **4** 94 für zulässig erkärt.

4. Aus der Praxis: a) Ist ein Ehebruch erwiesen, so ist die obsiegende Partei nicht befugt, die Feststellung noch eines weiteren Ehebruchs mit einer anderen Person zum Zwecke strafrechtlichen Einschreitens gegen diese zu verlangen. (OLG. Hamburg, Seuff. A. **55** 36).

b) Abs. 3 findet nach KG. (OLG. **1** 35) nicht nur dann Anwendung, wenn der Beklagte überhaupt keine Widerklage erhoben hat, sondern auch dann, wenn eine solche zwar erhoben, aber aus dem Grunde, daß das Scheidungsrecht des Widerklägers durch Verzeihung oder Zeitablauf erloschen ist, abgewiesen worden ist. (A. M. OLG. **2** 146). Und in OLG. **4** 93 (Dresden) wird ausgeführt, daß, soweit nur die Schuldfrage zwischen den Eheleuten zu entscheiden ist, die beschränkenden Vorschriften des § 617 Abs. 2 CPO. nicht zur Anwendung kommen, daß also z. B. in solchem Falle die Zuschiebung des Eides über einen begangenen Ehebruch zulässig sein würde.

Das **RG. 49** 167 ff., JW. **01** 868 läßt dahingestellt, ob in solchem Falle § 617 Abs. 2 CPO. entgegenstehen würde, hält die Eideszuschiebung aber dann für ausgeschlossen, wenn der der den Eid zuschiebende Kläger selbst zunächst die Scheidung gefordert hat und mit diesem Antrag unterlegen ist, weil für diesen Fall Abs 3 eine Bestimmung überhaupt nicht trifft. Vgl. hierzu Neumann, Handausgabe Note II 2 a α zu § 1574.

c) Das **RG.** (**46** 147 JW. **00** 585; **01** 241; **01** 296; Gruchots Beitr. **46** 133) hat den Grundsatz aufgestellt, daß § 1574 nur auf Ehescheidungen, welche nach den Vorschriften des BGB. ausgesprochen sind, zur Anwendung zu bringen ist, und hat in JW. **01** 53 hervorgehoben, daß § 1574 auch dann nicht anwendbar ist, wenn bei angestellter Klage und Widerklage die Ehe nur auf die eine nach altem Rechte geschieden ist und auf die andere erst unter der Herrschaft des BGB. geschieden wird; das gilt insbesondere für die Kollision mit preußischem Rechte, dessen Abwägungssystem eine Beurtheilung der Schuldfrage nach verschiedenen Prinzipien nicht zuläßt.

Die Schuldfrage ist nach dem früheren Rechte zu beurtheilen, falls dieses für die Ehescheidung maßgebend ist. **RG.** JW. **01** 242.

d) Im Scheidungsverfahren ist kein Theilurtheil zulässig. — Haben beide Parteien absolute Scheidungsgründe geltend gemacht, so darf das Verfahren auf den Antrag einer Partei nicht ausgesetzt werden, da über die Klage oder Widerklage eine gesonderte Entscheidung nicht getroffen werden kann. OLG. **4** 92 (Dresden)

§ 1575. 1. Schoen bezeichnet die Vorschriften dieses und der folgenden Paragraphen vom Standpunkte des Staates aus als einen Rückschritt im Verhältnisse zum Personenstandsgesetze, welches den Grundsatz zur Anerkennung gebracht hatte, daß die bürgerliche Wirkung der Ehescheidung nur in der Trennung des ehelichen Bandes bestehen dürfe.

2. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat im Unterschiede von der Ehescheidung keinen Einfluß auf die Namensführung. Süßheim, Gruchots Beitr. **43** 582; a. M.: Neumann, Handausgabe zu § 1586 Note II; Türcke-Niedenführ-Winter IV 250 Anm. 1.

3. Im Falle des § 1569 (Geisteskrankheit) ist Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unstatthaft. Davidson 109. Ebenso Achilles, Anm. 1 zu § 1575; a. M.: Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 1575, Staudinger, Anm. 2 zu § 1575, Endemann 691, Seckel 4.

4) Der Antrag, daß eventuell auf Scheidung erkannt werde, ist noch in der Revisionsinstanz zulässig. Davidson 110 (mit Endemann; a. M.: Planck, Seckel). Stehen Scheidungsklage und Aufhebungsklage sich als Klage und Widerklage gegenüber, so ist, auch wenn nur die Aufhebungsklage begründet ist, auf Scheidung zu erkennen. Davidson 110 ff. (mit Fischer-Henle gegen Planck).

5. Schultheis betont (164), daß der Genehmigung nach § 612 CPO. die Widerklage, nicht aber auch die Vertretung des Beklagten im Ehescheidungsprozesse bedarf.

§ 1576. Zu §§ 1576 und 1587 führt Neumann a. a. O. 216 aus: Die Willensfähigkeit der die eheliche Gemeinschaft wiederherstellenden Ehegatten ist unter entsprechender Anwendung der für die personenrechtlichen Rechtsgeschäfte der Ehegatten geltenden Vorschriften zu beurtheilen.

Isensee, A.bürgR. 12 337 ff. Das Recht der Wiederverheirathung eines durch ausländisches Urtheil beständig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten wird durch § 77 Abs. 2 des RGes. v. 6. 2 1875 normirt, sobald das ausländische Urtheil vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen, durch den § 1576, wenn es nach Inkrafttreten desselben erlassen ist. In beiden Vorschriften ist aber der Weg zur Verwirklichung des Rechtes der gleiche, d. h. die so getrennten Ehegatten können jederzeit beim inländischen Richter, falls keine Wiedervereinigung stattgefunden hat, die Ehescheidung auf Grund des ausländischen Trennungsurtheils beantragen. Der Richter hat diesem Antrage stattzugeben, wenn nicht der Anerkennung des ausländischen Urtheils auf den allgemeinen Sätzen des internationalen Privatrechts beruhende Hindernisse entgegenstehen.

Abs. 1. Die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft nach Erlaß eines auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkennenden Urtheils schließt die Zulässigkeit der Scheidungsklage nicht aus. Unzulässig ist sowohl die Ergänzung der Gründe des Scheidungs- bzw. Aufhebungsurtheils als auch die Ergänzung des Scheidungs- bzw. Aufhebungsurtheils dahin, daß nunmehr in einem Nachtrag auch der seinerzeitige Kläger wegen der von ihm inzwischen bethätigten böslichen Verlassung für schuldig erklärt wird. Süßheim 416.

Verzicht auf das Umwandelungsrecht erklärt Davidson (111) für unwirksam; er führt weiter aus: Durch das Aufhebungsurtheil ist der Scheidungsgrund rechtskräftig festgestellt und der wegen der Umwandelung angegangene Richter hat bloß automatisch dem Willen des Antragstellers zu entsprechen und die Ehe zu scheiden, sofern nicht — was der Gegner einredeweise geltend machen und beweisen muß — nach Erlaß des ersten Urtheils die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt ist. Selbst eine inzwischen gewährte ausdrückliche Verzeihung ist unbeachtlich. Davidson 112, 179. A. M.: Erler 125 Anm. 21.

Davidson, Ehescheidung nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Buschs Z. 26 79 ff., vertritt die Auffassung, daß das Scheidungsverfahren des § 1576 prozessualisch nur als eine Ergänzung des früheren Verfahrens zu behandeln sei (zustimmend: Brettner, Seckel). Es würde danach eines neuen Sühneversuchs nicht bedürfen, das Gericht, welches das Aufhebungsurtheil erlassen hat, bliebe zuständig und vor Allem würden die Kosten des nachträglichen Verfahrens regelmäßig den schuldigen Ehegatten treffen. Da jedoch die neue CPO. (§ 639) ein solches Nachtragsverfahren nicht geregelt hat, wird die Praxis

eine neue selbständige Scheidungsklage verlangen. So auch Planck, Staudinger, Neumann, Endemann, Struckmann-Koch.

Eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft liegt vor, wenn die Ehegatten sich in der beiderseitigen ernstlichen Absicht, das eheliche Leben fortzusetzen, thatsächlich wieder vereinigt haben. Davidson, Recht der Ehescheidung 115. (Vgl. Neumann, Anm. 1 zu § 1587, Gruchots Beitr. **44** 471.) Nach Seckel (33) ist die Wiederherstellung nicht bloß ein thatsächlicher Vorgang, sondern ein Vertrag („Naturalgeschäft"), der durch zweiseitige Willensbethätigung zu Stande kommt. Demgemäß sollen die Grundsätze über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Eheschließung im Falle der Geschäftsunfähigkeit, beschränkter Geschäftsfähigkeit, Irrthums, soweit angängig (?), auf die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft angewendet werden. Seckel 38.

§ 1577. 1. In Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des OLG. Dresden (Annalen d. sächs. OLG. **22** 172, OLG. **2** 167), nimmt Sartorius (197) an, daß der Frau das Recht aus Abs. 1 auch dann zustehe, wenn die Ehe vor Inkrafttreten des BGB. geschieden ist, daß dem Manne dagegen das Recht aus Abs. 2 nur dann zustehe, wenn die Ehe nach Inkrafttreten des BGB. geschieden ist. Die oberlandesgerichtliche Entscheidung begründet das, wie folgt: Die geschiedene Frau kann in jedem Falle ihren ursprünglichen Familiennamen wieder annehmen, weil sie mit Ausübung dieses Rechtes in keines Anderen Rechtssphäre eingreift; es handelt sich um ein reines Statusrecht der geschiedenen Frau als solcher, um den rechtlichen Inhalt eines bestehenden Zustandes, der sich, vorbehaltlich entgegenstehender Vorschriften des positiven Rechtes, jederzeit nach den jeweilig geltenden Gesetzen richtet. Das dem Manne nach § 1577 BGB. zustehende Verbietungsrecht kann sich aber nur auf eine nach dem 1. 1. 00 erfolgte Scheidung gründen.

Sartorius führt (198 ff.) weiter aus, daß „Entgegennahme" und „öffentliche Beglaubigung" der Namenserklärung hinsichtlich ihrer rechtlichen Bedeutung und der Zuständigkeit scharf zu scheiden seien. Der Entgegennahme seitens der nach Landesrecht zuständigen Behörde bedarf es stets zur Rechtswirksamkeit der Erklärung, der öffentlichen Beglaubigung nur dann, wenn die Erklärung schriftlich abgegeben wird. Die Befugniß zur protokollarischen Aufnahme der mündlichen Erklärung hat die zur Entgegennahme zuständige Behörde ohne Weiteres, die Befugniß zur Beglaubigung nur dann, wenn sie ihr gesetzlich besonders übertragen ist.

2. Auf das Recht, der Frau die Führung seines Namens zu untersagen, kann der Mann verzichten, desgleichen die Frau auf ihre Befugniß zur Wiederaufnahme des früheren Namens. — Die gegenüber der zuständigen Behörde abgegebenen Erklärungen über die Namensführung sind unwiderruflich. Davidson 117.

Bei einer Kollision der zum § 1577 erlassenen landesgesetzlichen Zuständigkeitsbestimmungen (Davidson 119 ff., 222 ff.) kommt es nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf den Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt der Erklärenden an (a. a. O. 120).

Die gegenüber einer nicht zuständigen Behörde oder in unbeglaubigter Form abgegebene Erklärung ist unwirksam (a. a. O. 121).

3. Olshausen, Namenrecht 71 bemerkt: Die Frage, ob die Ehefrau mit dem Eheabschluß ihren vorehelichen Namen verliert oder nicht, ist mit Rücksicht auf das „wieder annehmen" im Abs. 2 S. 1 des § 1577 von den Meisten im ersteren Sinne entschieden worden. Der Umstand jedoch, daß diese Wiederannahme in ihr freies Ermessen gestellt ist, dürfte gegen einen eigentlichen Neuerwerb des Namens sprechen. Man wird daher sagen können, daß das Namen-

recht der Ehefrau an ihrem Geburtsnamen während der Ehe in gewisser Beziehung ruht und erst mit dem etwaigen Eintritte der Scheidung wieder voll auflebt.

Auch die mehrmals verheirathet gewesene Frau hat ein Wahlrecht bloß zwischen ihrem Mädchennamen und dem der letzten Ehe unmittelbar vorausgehenden Ehenamen, nicht aber die Befugniß, beliebig einen Namen aus ihren früheren Ehen herauszugreifen. Rambohr, Gruchots Beitr. **43** 34.

Nicht der Mädchenname, sondern der Name des früheren Mannes ist, wie Friedrichs (1047) hervorhebt, der Name „zur Zeit der Eingehung" der früheren Ehe. Die bereits in zweiter Ehe verheirathet gewesene, nunmehr geschiedene und für allein schuldig erklärte Ehefrau darf den Namen ihres ersten Mannes nicht annehmen. Macht der zweite Ehemann von seinem Rechte, ihr die Führung seines Namens zu untersagen, Gebrauch, so ist sie auf die Führung ihres Mädchennamens angewiesen. Süßheim, Gruchots Beitr. **43** 581.

Ebenso Erler 134 ff.: War die Frau vor Eingehung der geschiedenen Ehe verheirathet und ist sie in dem die letzte Ehe scheidenden Urtheil allein für schuldig erklärt worden, so kann sie auf den Namen, den sie zur Zeit der Eingehung der geschiedenen Ehe hatte, überhaupt nicht zurückgreifen. Es steht ihr nur die Wahl zwischen dem Namen ihres geschiedenen Mannes und ihrem Mädchennamen zu. Untersagt ihr geschiedener Mann ihr die Führung seines Namens, so bleibt ihr nur übrig, den Mädchennamen zu führen. (135.) An eine Frist ist weder die Wiederannahme- noch die Untersagungserklärung geknüpft. Sobald die Erklärung in Wirksamkeit getreten ist, darf sie nicht mehr zurückgenommen werden. Auf die Namen der Kinder aus der geschiedenen Ehe hat die Namensänderung der geschiedenen Frau keinen Einfluß. Das Namenrecht kann im Wege der Klage zur Geltung gebracht werden. Bürgerliche wie adelige Namen genießen den gleichen Rechtsschutz. Wird eine nichtige oder anfechtbare Ehe für nichtig erklärt, so entfällt damit von selbst die Berechtigung der Frau, den Familiennamen des Mannes zu führen (136).

Ueber Rechtskraftwirkung des Scheidungsurtheils, wenn ein gleichnamiger Verwandter des ersten Mannes, dessen Namen die Frau wieder führt, aus §§ 12, 1577 BGB. auf Abstellung des Namenführungsmißbrauchs gegen die Frau geklagt hat, spricht Mendelssohn-Bartholdy 476.

4. Aus der Praxis: Das Amtsgericht und der Notar sind in Preußen neben dem Standesbeamten zur Beurkundung der Erklärung der geschiedenen Frau über die Wiederannahme ihres Familiennamens zuständig. Kann die Erklärende nur ein Handzeichen fertigen, so muß die Erklärung vor Gericht oder Notar erfolgen. OLG. **3** 367 (KG).

Hat die geschiedene Ehefrau ihren Mädchennamen in gehöriger Weise gemäß Art. 68 AusfG. wieder angenommen, so darf im Falle der Wiederverheirathung in die Heirathsurkunde zur Bezeichnung ihrer Person ein Vermerk „separirte N. N." nicht aufgenommen werden. § 54 Personenstandsges. versteht unter „Stand" nicht den Familienstand, sondern die Stellung im bürgerlichen Leben. Vgl. RG. in Strafs. **16** 87, **24** 361, **32** 386. Verweigert der Standesbeamte die Aufnahme der Heirathsurkunde ohne den bezeichneten Vermerk, so ist Beschwerde an das Amtsgericht nach § 11 des Personenstandsges. gegeben. KGJ. **21** A 50.

Auf Ehen, deren Scheidung unter der Herrschaft des alten Rechtes rechtskräftig erfolgt ist, findet das Verfahren des § 1577 Abs. 3 keine Anwendung. Nach dem preußischen ALR. hatte der Mann nur einen Anspruch darauf, daß der für schuldig erkannten Ehefrau sein Name aberkannt werde, und mußte auf solche Aberkennung klagen. Erst mit der Rechtskraft des Urtheils verlor die Frau den Namen des Mannes. Nach BGB. aber hat der Mann ein Verbietungs-

recht mit der Wirkung, daß die Frau durch die Erklärung des Mannes gegenüber der zuständigen Behörde den Namen des Mannes unmittelbar verliert und ihren Mädchennamen wiedererhält. Gegen die unbefugte Weiterführung seines Namens kann der Mann auf Grund des § 12 BGB. klagen. OLG. 3 17 (KG.).

§ 1578. 1. a) OLG. 2 240 (Dresden): Sowohl nach dem Rechte des BGB. wie nach dem alten sächsischen BGB. gehört der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Frau zu den Rechtsbeziehungen unter den Eheleuten, welche sich als gesetzliche Verpflichtungen an die Thatsache der Scheidung knüpfen. Er untersteht daher demjenigen Rechte, das zu der Zeit galt, wo das Scheidungsurtheil die Rechtskraft erlangte.

b) Das KG. (OLG. 1 280) hat entschieden, daß ein nach § 798 II. 1 ALR. festgesetzter Alimentationsanspruch nicht ermäßigt werden könne und daß § 323 CPO. unanwendbar sei.

c) Zur Abänderung des Urtheils nach § 323 CPO. ist nur erforderlich, daß eine Aenderung gegenüber den Verhältnissen, welche der Verurtheilung zu Grunde gelegt sind, nachgewiesen wird, mögen auch die thatsächlichen Feststellungen des Urtheils der Wirklichkeit nicht entsprochen haben. Davidson 127.

2. Erler bemerkt zu Abs. 1: Unterhaltsbedürftigkeit der Frau setzt nicht voraus, daß der Stamm ihres Vermögens aufgezehrt ist (138), und zu Abs. 2: Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit müssen zusammentreffen, um Unterhaltsbedürftigkeit des Mannes zu begründen.

3. Erwerb durch eigene Arbeit kann von der Frau nur, wenn solcher in den in Betracht kommenden Kreisen die Regel ist, gefordert werden. Ist dies nicht der Fall und hat sie dennoch Verdienst durch eigene Arbeit, z. B. als Lehrerin oder Gesellschafterin, oder aus einem Erwerbsgeschäfte, so muß sie diesen Verdienst sich gleichfalls auf den Unterhalt anrechnen lassen. Davidson 124. (A. M. Jastrow, Recht der Frau 149.) Vgl. auch OLG. 2 385 (KG.).

4. a) Durch Verzicht auf den von dem schuldigen Theile zu gewährenden Unterhalt geht der Ehegatte des Unterhaltsanspruchs gegen seine Verwandten nicht verlustig (Davidson 128).

b) Ob und inwieweit neben der vertragsmäßigen Regelung des Unterhaltsanspruchs die §§ 1578 ff. noch anwendbar sind, hängt vom Willen der Vertragschließenden ab. Soweit entgegenstehender Wille nicht erkennbar ist, muß die gesetzliche Regelung Platz greifen. Davidson 129.

c) Unter geschiedenen Eheleuten sind Abreden über die gegenseitige Unterhaltungspflicht, über Beiträge für die Unterhaltung gemeinsamer Kinder und auch über die persönlichen Rechte an den Kindern zulässig, jedoch in letzterer Beziehung unbeschadet des Rechtes des Vormundschaftsgerichts zu abweichenden Anordnungen im Interesse der Kinder (§§ 1635, 1636). Jastrow Th. II, 227 Anm. 7.

§ 1579. Erler 139 ff. bemerkt: Die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten bemißt sich nach seinem Vermögen und nach seiner Erwerbskraft. In letzterer Beziehung kommt es nicht darauf an, was der Unterhaltspflichtige thatsächlich erwirbt, sondern darauf, was er erwerben kann. Bei der Frau ist aber Vorbedingung, daß nach den Verhältnissen, die in der Ehe bestanden, Erwerb durch Frauenarbeit üblich ist. Kläger hat seine Unterhaltsbedürftigkeit, Beklagter seine Unterhaltsunfähigkeit bzw. seine Berechtigung zur Zurückbehaltung von Einkünften zu beweisen. Betragen die zwei Drittheile der verfügbaren Einkünfte mehr, als zur Bestreitung des standesmäßigen Unterhalts des Verpflichteten erforderlich ist, so gebührt der Mehrbetrag dem Unterhaltsberechtigten; betragen sie weniger, so gebühren dem Verpflichteten die vollen zwei Drittheile, dem Berechtigten ein Drittheil. Betragen die zwei Drittheile nicht einmal soviel, als zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts des Ver-

pflichteten erforderlich ist, so kann das hierzu Fehlende außer den zwei Drittheilen zurückbehalten werden, und der Unterhaltsberechtigte erhält nur den Ueberschuß. Die Unterhaltsrente kann nachträglich erhöht, gemindert oder ganz in Wegfall gebracht werden (142).

RG. 48 112, JW. 01 351. Bei schlechter Vermögenslage des für schuldig erklärten Ehegatten kann sich die Verpflichtung des letzteren zur Unterhaltung des von ihm geschiedenen Ehegatten soweit beschränken, daß er an denselben überhaupt nichts abzugeben hat.

Davidson 133: Maßgebend bei Berechnung des Arbeitsertrags ist in letzter Linie nicht, was der Unterhaltspflichtige thatsächlich erwirbt, sondern was er bei genügender Anspannung seiner Kräfte zu erwerben im Stande ist. — Der zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts des Verpflichteten erforderliche Betrag bildet die feste Grenze, welche der Richter bei Abmessung der Rente zu respektiren hat. Ein Schutz gegen Gefährdung des nothdürftigen Unterhalts für die Zukunft wird dagegen nicht gewährt. Vgl. **RG.** JW. 01 321; a. M.: Erler 141.

Auch im Falle des Abs. 1 Satz 2 hat der schuldige Ehegatte, soweit er — bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen — ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dazu in der Lage ist, den Unterhalt unverkürzt nach § 1578 zu gewähren. Davidson 134.

Geltendmachung der Einwendungen aus § 1579 ist in der Zwangsvollstreckungsinstanz nicht mehr zulässig. Davidson 136. A. M.: Erler 141.

§ 1580. Die Sicherheitsleistung ist nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag anzuordnen. Der Berechtigte kann den Anspruch auf Sicherheitsleistung auch selbständig (außerhalb des Alimentenprozesses) verfolgen. Davidson 139, 140.

Als die Festsetzung einer Kapitalsabfindung rechtfertigenden „wichtigen Grund" nennt Davidson (141): Auswanderungsabsicht des Verpflichteten. Tod unter Hinterlassung einer großen Zahl von Erben (Planck, Anm. 2 zu § 1580). Aussicht des Berechtigten auf Begründung einer gesicherten Lebensstellung mit Hülfe des Abfindungskapitals. (Vgl. Neumann, Handausg. Note 3a zu § 1580). — Beim Fehlen eines wichtigen Grundes muß der Richter gleichwohl eine Kapitalsabfindung festsetzen, wenn beide Parteien darauf antragen. — Auch der Anspruch auf die Kapitalsabfindung (nicht diese selbst, wie Scherer 278 meint,) ist Unterhaltsanspruch, daher weder der Pfändung unterworfen, noch übertragbar, auch fällt er nicht in die Konkursmasse des Unterhaltsberechtigten (142). Der Anspruch auf die Abfindung kann im Konkurse des Verpflichteten nicht geltend gemacht werden, soweit die Abfindung den Gesammtbetrag der für die Vergangenheit geschuldeten Alimente übersteigt. Rückforderung der schon gezahlten Abfindung zur Konkursmasse ist dagegen ausgeschlossen. § 3 Abs. 2 KO. (146 ff.).

§ 1581. 1. Der erloschene Unterhaltsanspruch lebt bei Auflösung der neuen Ehe durch Tod oder Scheidung nicht wieder auf, wohl aber bei Nichtigkeit der neuen Ehe. — Eine Kapitalsabfindung braucht bei Wiederverheirathung nicht zurückgegeben zu werden, da sie durch nachträglichen Wegfall oder Aenderung der die Unterhaltspflicht begründenden Thatsachen nicht berührt wird. Anders, wenn diese Thatsachen ex tunc wegfallen, z. B. die geschiedene Ehe nichtig war oder das Scheidungsurtheil im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt wird. Davidson 147 ff.

2. **RG.** 48 4, JW. 01 2. § 1581 findet auf Ehescheidungen, welche unter der Herrschaft des preußischen Landrechts ausgesprochen sind, sofern der unschuldige Theil standesgemäße Verpflegung gefordert hat, keine Anwendung.

In OLG. I 215 ff. führt das OLG. Breslau aus: Ist eine Ehe unter der Herrschaft des ALR. geschieden und dem unschuldigen Theile von dem schuldigen eine Rente zugesichert worden, so kommt, auch wenn die Wiederverheirathung nach dem 1. 1. 00 erfolgt ist, § 1581 nicht zur Anwendung. Denn der Grund des Anspruchs ist nicht die Bedürftigkeit der unschuldigen Partei, die sich immer erneut, sondern eine zum Zwecke der Abfindung für die Erbfolge in das Vermögen des Schuldigen eingegangene Verpflichtung. Art. 170 EinfGes. ist anzuwenden.

§ 1582. Davidson 150 ff.: Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und Kapitalsabfindung (§ 1580) besteht auch für die Erben des Unterhaltspflichtigen. Auch bei vertragsmäßiger Festsetzung der Unterhaltsrente unterliegt die Haftung der Erben, falls nicht die entgegengesetzte Absicht der Vertragschließenden erkennbar hervorgetreten ist, den Beschränkungen des Abs. 2, 3 (151).

Entscheidend ist die Höhe der Einkünfte, die der Erblasser hätte beziehen können, wenn er gewollt hätte, nicht die der thatsächlich bezogenen. Unverzinslich gewesene Aktiva und Passiva sind zu berücksichtigen (152).

Zählt man die Renten der mehreren Berechtigten zusammen und setzt man die Summe derselben als Nenner, die Hälfte der Einkünfte als Zähler, so hat man den Bruchtheil, auf den jede der Renten zu ermäßigen ist. Wird auf eine Rente verzichtet, so tritt entsprechende Erhöhung der übrigen ein, ebenso bei Tod oder Wiederverheirathung oder Wegfall der Bedürftigkeit eines der Berechtigten (153). Vgl. Fränkel, Familienrecht 100.

Im Konkurse über den Nachlaß des Unterhaltspflichtigen kann der Unterhaltsanspruch — mit den Einschränkungen des Abs. 2, 3 — auch für die Zukunft geltend gemacht werden (154). Vgl. Planck, Anm. 6 zu § 1582.

§ 1583. Davidson 155 ff.: Zum Unterhalte gehören regelmäßig die Kosten standesmäßiger Unterbringung in einer Irrenanstalt. Die wegen Geisteskrankheit des Mannes geschiedene Frau hat die Befugnisse aus § 1577. Dagegen kann bei Geisteskrankheit der Frau deren Vormund diese (höchstpersönlichen) Befugnisse für sie nicht ausüben.

§ 1584. Davidson 156: Widerruf der Eheschenkungen ist ausschließlich nach § 1584 zu beurtheilen, subsidäre Anwendung der §§ 530, 532 ff. ist unstatthaft. A. M.: Neumann, Anm. 1 zu § 1584, Endemann 690.

Verzicht auf das Widerrufsrecht ist rechtswirksam, auch vor der Scheidung, nicht aber bevor dem unschuldigen Ehegatten die den Scheidungsgrund bildende Verfehlung bekannt geworden ist. Dagegen erachtet Planck (Anm. 4 zu § 1584) den Verzicht erst nach Erhebung der Scheidungsklage, Scherer (279 Nr. 485) sogar erst nach rechtskräftiger Scheidung für zulässig. — Das Widerrufsrecht ist ein höchstpersönliches, unvererbliches, unveräußerliches, dessen Ausübung nicht durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Ehegatten, sondern durch diesen selbst zu geschehen hat. Davidson 157. Das durch den Widerruf begründete Recht auf Herausgabe des Geschenkes ist aktiv und passiv vererblich, auch übertragbar (158).

Ueber Rechtskraftwirkung des Scheidungsurtheils, in dem ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, wenn der andere Gatte Geschenke aus der Brautstandszeit, die der schuldige Theil weiter verschenkt hatte, nach §§ 1584, 531, 822 BGB. vom dritten Schenknehmer kondizirt vgl. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 476.

§ 1585. 1. Davidson 170 ff.: Ob in dem Stande der Frau Erwerb durch eigene Arbeit üblich ist, kommt für die Beitragspflicht nicht in Betracht. a. A. Erler, vgl. o. zu § 1579. Der Beitrag kann für die Vergangenheit nachgefordert werden, analoge Anwendung des § 1427 Abs. 2 Satz 2 ist unstatthaft. Aus der Zulässigkeit

des Verzichts auf den Beitrag folgt, daß die Frau, welche mit Einwilligung des Mannes an einen Dritten gezahlt hat, nicht nochmals zu zahlen braucht (a. M.: **Schröder**, Verlöbniß und Ehe 80). Der Unterhaltsanspruch des Kindes bleibt unberührt (172).

2. Abs. 2. Keine erhebliche Gefährdung des Unterhalts liegt vor, wenn derselbe mit unbedeutenden, an sich ungerechtfertigten Abzügen gewährt wird (173). Der Vater, dem das Kind von der Mutter vorenthalten wird, hat für das Kind so lange eine Unterhaltsrente zu zahlen, bis er die nöthigen Schritte zur Erlangung desselben gethan hat. Davidson 173. Die Mutter ist zunächst nicht befugt, die Rechte des Kindes gegenüber dem säumigen Vater durch Klagerhebung wahrzunehmen. Anders, wenn sie zum Pfleger des Kindes bestellt ist. Davidson 174. Vgl. Oppler, DJZ. 01 210.

3. Erler 155/156: Ist der geschiedene unterhaltspflichtige Ehegatte zugleich derjenige, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, so kann er seine Unterhaltspflicht durch Naturalverpflegung im eigenen Hause erfüllen, falls dies mit der ordnungsmäßigen Erziehung des Kindes vereinbar ist. Er wird dadurch, daß der andere Ehegatte, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, das Kind vom Hause des unterhaltspflichtigen Ehegatten fernhält, von seiner Unterhaltspflicht nicht frei, unbeschadet seines Rechtes, die Herausgabe des Kindes im Prozeßwege zu erzwingen.

§ 1586. 1. Ein nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft empfangenes Kind hat die Vermuthung der ehelichen Abstammung für sich, da die Auflösung des Bandes der Ehe mit jener Aufhebung nicht verbunden ist. Engelmann, Seuff. Bl. 63 44.

Gegen Achilles und Staudinger-Engelmann nimmt Neumann (Handausgabe Note II. 2) an, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch in Ansehung der ehelichen Abstammung des Kindes wie die Scheidung wirkt. (§§ 1591 ff., 1593.)

Davidson 175 ff.: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, bei der die Ehe, ihres materiellen Inhalts beraubt, nur der äußeren Form nach fortbesteht, ist keine Auflösung der Ehe, wirkt aber, abgesehen von den in Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 2 bezeichneten Ausnahmen, wie die Scheidung (Auflösung) der Ehe, und zwar auch in Ansehung der Namensführung (§ 1577), des Wohnsitzes der Frau (§ 10), der ehelichen Abstammung der Kinder (§§ 1591 ff.), sowie in den Fällen der §§ 1684 Nr. 2, 1685, 1746 u. s. w. Auch die Bestrafung des den Aufhebungsgrund bildenden Ehebruchs (§ 172 StGB.) ist vor wie nach der Scheidung zulässig. Vgl. insbesondere Seckel a. a. O. 8 ff., der aber wohl zu weit geht, wenn er das Aufhebungsurtheil die Auflösung der Ehe überhaupt bewirken läßt. (Uebereinstimmend ferner: Planck, Neumann, Endemann, Fischer-Henle, Brettner, Fromhold, Opet, Cosack, Matthias, Buchka, Enneccerus-Lehmann (?); a. M.: Staudinger-Engelmann, Erler, Achilles, Habicht, Jakobi, Sartorius, Süßheim, Scherer.)

Türcke-Niedenführ-Winter führen zu § 1586 (IV. 250 Anm. 1) aus: Während § 1575 mit Rücksicht auf das katholische Dogma von der Unauflöslichkeit der Ehe die Zulässigkeit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ohne Trennung der Ehe dem Bande nach ausspricht, setzt § 1586 die Wirkungen eines solchen Urtheils fest. Diese sollen nach dem Wortlaute des Paragraphen dieselben wie bei der Scheidung sein; nur soll eine neue Ehe nicht eingegangen werden können, was selbstverständlich ist, da eben nur eine thatsächliche — jederzeit wieder herzustellende — Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft, keine rechtliche Auflösung des Bandes der Ehe eintritt. Daraus ergiebt sich auch, daß die Wirkungen eines die eheliche Gemeinschaft aufhebenden Urtheils nicht durchweg,

sondern nur hinsichtlich der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung (§ 1478), der Unterhaltsgewährung (§§ 1578 ff., 1608, 1609) und der Sorge für die Kinder (§§ 1635, 1636) die gleichen sind, wie die eines Ehescheidungsurtheils. Die Fassung des vorliegenden Paragraphen, daß alle mit der Scheidung verbundenen Wirkungen, ausgenommen die Zulässigkeit der Wiederverheirathung, eintreten sollen, ist daher unglücklich; soweit Rechtswirkungen an die Scheidung als Auflösung der Ehe geknüpft werden, können sie bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft naturgemäß nicht in Frage kommen.

Spahn (14) bemerkt zu §§ 1586, 1591 Abs. 2 Satz 1: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat, wie ihre Stellung im 1. Abschnitte des 4. Buches zeigt, die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen nicht auch im Verhältnisse der Ehegatten zu den während der Aufhebung empfangenen Kindern, weshalb zu deren Gunsten die Beiwohnungsvermuthung gilt und sie als ehelich gelten, wenn nicht der Mann die Unehelichkeit geltend macht.

2. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft steht auch in ihrer Wirkung auf die Staatsangehörigkeit der Frau der Scheidung gleich. (Näheres unten zu EG. Art. 41.) Sartorius, Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit, VerwA. 7 349 (Sonderabdruck 31).

§ 1587. 1. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft erfordert einen nach der Erlassung des Aufhebungsurtheils eintretenden oder fortdauernden Thatbestand, welcher den rechtsbeständigen Willen der Ehegatten, als solche mit einander leben zu wollen, ergiebt. Neumann, Handausgabe Note 1.

2. Thatsächliche Wiederherstellung des ehelichen Lebens berechtigt nicht zur Zurückforderung in der Zwischenzeit zurückgegebener Brautgeschenke. Enneccerus-Lehmann 352.

3. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft hat keine rückwirkende Kraft, bewirkt daher nicht, daß ein von der Frau nach der Aufhebung unehelich geborenes Kind in Zukunft bis zur Anfechtung als ehelich gilt. Davidson 178 ff. (Vgl. Cosack 502, Endemann 693, Seckel 41 ff.; a. M.: Planck, Anm. 2 zu § 1587, Anm. 6 zu § 1591.)

4. Eintragung der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft in das Standesregister (§ 55 Abs. 2 Personenst.Ges.) erfolgt nur auf Antrag beider Ehegatten. Davidson 9 Anm. A. M.: Jastrow, Recht der Frau 157.

Zur Eintragung der Gütertrennung in das Güterrechtsregister genügt bei Vorlegung des rechtskräftigen Aufhebungsurtheils der Antrag eines Ehegatten. Davidson 180. A. M.: Planck, Anm. 2 zu § 1587. Die Gütertrennung kann durch Ehevertrag wieder beseitigt werden. So Davidson, Planck, Staudinger; a. M.: Schröder.

5. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft hat nicht wie die Eheschließung unmittelbar eine Veränderung der Staatsangehörigkeit der Frau zur Folge. Sartorius 350.

Achter Titel.
Kirchliche Verpflichtungen.

§ 1588. Sartorius, Komm. zum Personenstandsges. 459 ff. bemerkt: Durch § 1588 wird der Vorbehalt des § 82 Personenstandsges. theils erweitert, theils bestätigt. Es bedarf der Vollziehung der Taufe oder Trauung weder um Rechtswirkungen im Gebiete des bürgerlichen Rechtes hervorzubringen, noch um Rechtsnachtheile im Gebiete des bürgerlichen Rechtes abzuwenden. Unberührt bleibt das Recht der Kirche, die Beobachtung der kirchlichen Ordnung mit ihren Mitteln zu erzwingen, und das Recht des Staates, ihr zur Erzwingung der kirchlichen Verpflichtungen die staatliche Gewalt zu leihen.

Schoen a. a. O. 222 ff. führt aus, daß die Vorschrift des § 1588 keine selbständige juristische Bedeutung habe. Er sichere weder die Erfüllung der kirchlichen Verpflichtungen durch staatliche Mittel, noch gebe er einem Ehegatten einen Rechtsanspruch gegen den anderen auf Vornahme der kirchlichen Eheschließung oder Trauung. Er enthalte lediglich eine Hinweisung der Eheschließenden auf ihre kirchlichen Verpflichtungen und bringe damit die staatliche Werthschätzung der kirchlichen Eheordnung zu treffendem Ausdrucke.

Der bürgerliche Eheschließungsakt ist zwar einer Ergänzung oder Bestätigung nicht bedürftig noch fähig, neben ihm ist aber dem religiösen Empfinden eines Jeden freier Spielraum gelassen. Fordert eine Religion die kirchliche Weihe der Eheschließung, so bleibt der Angehörige dieser Religion der Kirche gegenüber verpflichtet, der standesamtlicher Eheschließung die kirchliche Trauung folgen zu lassen. Von einer rechtlichen Verpflichtung ist aber keine Rede; der andere Ehegatte kann eine kirchliche Trauung nicht verlangen, und die Weigerung, sich kirchlich trauen zu lassen, giebt dem anderen Ehegatten nicht an sich, sondern nur unter der Voraussetzung, daß sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalls als ein ehrloses oder unsittliches Verhalten sich charakterisirt, einen relativen Ehescheidungsgrund aus § 1568. Türcke-Niedenführ-Winter, IV. 251 Anm. 1. Vgl. o. Ziff. 4 zu § 1568.

Zweiter Abschnitt.

Verwandtschaft.

Literatur: Boschan, Eltern- und Vormundschaftsrecht. 1900. — Davidson, Recht der Ehescheidung. — Ebbecke, Grundsätze des Bürgerlichen Rechtes 1901. — Erler, Ehescheidungsrecht. 1900. — Heymann, Gesetzliches Verwandtenerbrecht. 1896. — Knitschky, Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern. 1899. — Ritter, Gruchots Beitr. 46 43: Die Rechtswohlthat des Nothbedarfs. — Sartorius, Personenstandsgesetz. Derselbe (im Verwaltungsarchiv 7 334) „Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit." Schultheis, Vormundschaftsrichter. — Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft. 1900.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

§ 1590. Der Verwandtschaftsbegriff des BGB. gilt seit dessen Inkrafttreten für alle Personen, zwischen denen eine nach der Vorschrift des Gesetzes Verwandtschaft begründende Blutsgemeinschaft besteht. OLG. 2 25 ff. (BayrObLG.).

Nach ihrer Auflösung begründet die Ehe die Schwägerschaft nicht mehr: Verwandte eines Ehegatten, welche erst nach Auflösung der Ehe geboren sind, sind mit dem anderen Ehegatten nicht verschwägert. Sartorius, Personenstandsgesetz 250.

Zweiter Titel.

Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. Heymann bemerkt (57, 58), daß das Verwandtschaftsverhältniß eines vor dem Eheschluß erzeugten, nach dem Eheschlusse geborenen Kindes zum Vater mit dem Eheschlusse beginnt, was z. B. im Falle eines nur persönlichen Erbverzichts des Vaters praktische Bedeutung haben kann.

2. a) Sartorius, Personenstandsgesetz 160 hebt hervor, daß das Geburtsregister zur Beurkundung der Ehelichkeit der Abstammung nicht bestimmt sei, und sagt (162, 164) zu Abs. 2: Die Vermuthung der Beiwohnung während der Ehe wird nicht durch Anfechtung, sondern lediglich durch den gerichtlichen Beweis des Gegentheils beseitigt.

b) Bei einem lebend geborenen Kinde kann aus dem Grade seiner Reife der Gegenbeweis dagegen geführt werden, daß es in der kürzesten gesetzlich angenommenen Empfängnißzeit erzeugt sei. — Der Gegenbeweis gegen die Behauptung ehelicher Abstammung ist nicht auf die Darlegung von Thatsachen beschränkt,

die die Möglichkeit ehelichen Umganges völlig ausschließen; der Richter muß nur die sichere Ueberzeugung gewinnen, daß kein Verkehr unter den Ehegatten stattgehabt hat. Die Beweisführung durch Eid wird in dieser Richtung nur durch CPO. §§ 641, 617 eingeengt. Knitschky 7—9, 14, 16.

3. „Den Umständen nach offenbar unmöglich" bedeutet nicht, daß solche Fälle von der Regel ausgeschlossen seien, in denen ein Thatbestand vorliegt, der ihre Anwendung mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar macht, sondern die Umstände des Falles müssen dem Richter es offenbar machen, also deutlich, unwiderleglich vor Augen führen, daß der Beischlaf nicht die Wirkung der Zeugung haben konnte, wenn er sie auch erst mit Hülfe eines ärztlichen Sachverständigen erkennen sollte. Hachenburg, Vorträge 10; vgl. LG. Metz, R. 01 207.

Engelmann Seuff. Bl. 63 47, 48, 71, 72. Die Vermuthung, daß der Ehemann vor der Ehe seiner Frau beigewohnt hat, gilt auch dann, wenn der Mann gestorben ist, ohne von der Schwangerschaft seiner Frau oder von der Geburt des Kindes Kenntniß erhalten zu haben, und deshalb die Anfechtung der Ehelichkeit unterlassen hat.

Die Präsumtion des Abs. 2 Satz 1 gilt auch, wenn die eheliche Gemeinschaft nach §§ 1575 ff. aufgehoben ist.

Wird die Ehelichkeit eines weniger als 182 Tage nach Eheschluß geborenen Kindes angefochten, so braucht, um die Ehelichkeit darzuthun, nur bewiesen zu werden, daß innerhalb des 302. bis 181. Tages vor der Geburt Geschlechtsverkehr der Ehegatten stattgefunden hat, nicht aber auch, daß die Mutter während jenes Zeitraums ausschließlich mit dem Gatten konkumbirt hat.

Die offenbare Unmöglichkeit in Abs. 1 S. 2 liegt nur dann vor, wenn auch die entfernteste Möglichkeit einer Erzeugung durch den Ehemann ausgeschlossen ist. Sie verlangt aber nicht etwa die Vorführung von Beweismitteln, welche ohne näheres Eingehen auf die Sache schon auf den ersten Blick die Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann darzuthun im Stande sind, wenn auch die Materialien für letzteres sprechen.

§ 1592. Der Nachweis, daß die Empfängnißzeit im einzelnen Falle kürzer als 180 Tage gewesen sei, ist unzulässig. Die Bestimmungen über die Empfängnißzeit haben absoluten Charakter. Engelmann, Seuff. Bl. 63 66.

§ 1593. Der Auflösung der Ehe durch Scheidung steht die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, der Auflösung der Ehe durch Tod steht die Todeserklärung hier gleich. Die Unehelichkeit eines später als 302 Tage nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bzw. Todeserklärung geborenen Kindes kann daher von Jedermann geltend gemacht werden. Sartorius 164.

In dem in OLG. 3 191 abgedruckten Urtheile des KG. vom 18. 9. 01 ist ausgeführt: Ein Dritter kann die Ehelichkeit des Kindes nur anfechten, wenn durch die Thatsache, daß das Kind als eheliches gilt, ein ihm zustehendes Recht verletzt wird. Dem unehelichen Vater steht das Recht auf Feststellung, daß ein präsumtiv eheliches, zu anderer Ehe gehöriges Kind von ihm als uneheliches erzeugt sei, nicht zu. Diese Feststellung würde für den Vater lediglich die Feststellung einer Thatsache ohne rechtliche Wirkungen für ihn bedeuten. Fehlt es aber hiernach dem Antragsteller an einem Rechtsanspruche, so hat er kein Klagerecht. Wenn der Antragsteller die Mutter heirathen und das Kind legitimiren will, so hat er hieran allerdings ein thatsächliches Interesse, dieses giebt ihm aber keinen Rechtsanspruch darauf, daß zur Befriedigung desselben das Kind vorher als nichteheliches erklärt wird.

§ 1594. OLG. 1 314 (Rostock). Die neu eingeführte Ausschlußfrist des § 1594 muß als vom 1. Januar 1900 an laufend angesehen werden, die vor dem ersten Januar abgelaufene Zeit kann nicht mit eingerechnet werden.

§ 1595. Abs. 1 Satz 2, wonach der geschäftsbeschränkte Ehemann zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht benöthigt, ist vom Gesichtspunkte der Minderjährigkeit nur für den als volljährig erklärten Mann von Belang. Süßheim, Altersstufen 65.

Abs. 2. Das Gericht wird die Genehmigung nur ertheilen, wenn die Anfechtung nicht allein im Interesse des geschäftsunfähigen Ehemanns liegt, sondern auch dessen muthmaßlichem Willen entspricht. Daß auch die Ungewißheit des Erfolges für die Versagung der Genehmigung ausschlaggebend sein kann, ist selbstverständlich, aber bei der Beweisschwierigkeit (1591 Abs. 2) von besonderer Bedeutung. Schultheis 205.

§ 1596. Das nach Eingehung der Ehe geborene Kind führt den Namen des Vaters, bis seine Unehelichkeit durch Urtheil festgestellt ist. Süßheim, Gruchots Beitr. **43** 583.

Das Urtheil ist konstitutiv. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 464.

§ 1597. Kuhlenbeck gewährt jedem Interessenten eine Klage auf Feststellung der Ehelichkeit und auf Rücknahme der Anfechtungserklärung gegen den Ehemann.

Der Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte kommt je nach dem Zeitpunkte der Geburt des Kindes eine verschiedene Wirkung zu. Das frühestens 181 Tage nach der Eheschließung geborene Kind gilt trotz erfolgter Anfechtung bis zur gerichtlichen Feststellung der Unehelichkeit als ehelich, da die in Abs. 2 aufgestellte Vermuthung nur durch den Beweis des Gegentheils widerlegt wird. Das früher als 181 Tage nach Eingehung der Ehe geborene Kind gilt zufolge der Anfechtung bis zur rechtskräftigen Feststellung des Gegentheils als unehelich. Sartorius 162.

§ 1598. Spahn: Die Vorschriften über die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes gelten nicht zu Gunsten eines erst nach dem 302. Tage nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes. Die Unehelichkeit eines solchen Kindes kann zeitlich unbeschränkt von Jedem im gewöhnlichen Prozesse geltend gemacht werden. Seine Anerkennung durch den Vater gilt lediglich als Beweismittel oder als Entstehungsgrund für die Vermuthung der Beiwohnung (21).

Bei unehelichen Kindern gilt die zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes in § 1592 Abs. 2 nachgelassene Verlängerung der Empfängnißzeit nicht; diese ist vielmehr die Zeit von dem 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des 181. als des 302. Tages (44). Auch für die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist dieselbe auf diese Zeit unerstreckbar festgesetzt, doch ist dadurch die Legitimation eines vor dem 302. Tage empfangenen Kindes nicht ausgeschlossen, falls der Nachweis gelingt, daß das zu legitimirende Kind einer solchen dem 302. Tage vorausgegangenen Beiwohnung seiner Eltern entstammt (23, 24).

Die vorbehaltlose Anzeige der Geburt des Kindes seitens des Ehemanns der Mutter darf nicht als stillschweigende Anerkennung der Ehelichkeit ausgelegt werden. Da das Kind bis zur rechtskräftigen Feststellung des Gegentheils als ehelich gilt, ist die Anzeige eine Rechtspflicht des Mannes, der er sich bei Strafe nicht entziehen kann. Die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht kann aber nicht als Verzicht auf ein Recht ausgelegt werden. Sartorius 163. AM. LG. Würzburg, Seuff. Bl. **66** 146.

Die bei der Anzeige der Geburt erfolgte Anerkennung darf in die Geburtsurkunde nicht eingetragen werden (Sartorius 164).

§ 1 99. Das Urtheil ist konstitutiv, wie Hellwig, Anspruch und Klagrecht 464, hervorhebt.

Dritter Titel.
Unterhaltspflicht.

§ 1601. 1. Die Unterhaltspflicht ist kein einheitliches Forderungsrecht, sondern ein Anspruch, der sich wie die sittliche Pflicht, worauf er beruht, fort und fort erneuert, solange die Voraussetzungen gegeben sind. Daraus folgt, daß das BGB. auch auf vor dem 1. 1. 00 zur Entstehung gelangte Unterhaltsansprüche Anwendung zu finden hat. OLG. **1** 146 (Darmstadt).

Andererseits ist im Urtheile des RG. vom 24. 4. 00. (JW. **00** 431; vgl. PosMschr. **00** 50 und 66) hervorgehoben, daß die Vollstreckung eines Urtheils, durch welches vor dem 1. 1. 00 Geschwister zur Alimentenzahlung rechtskräftig verurtheilt worden sind, nach diesem Zeitpunkt unzulässig sei, daß eventuell die Widerspruchsklage aus § 767 CPO. gegeben sei, und in OLG. **1** 148 ff. führt OLG. Königsberg hierzu aus: Ein unter altem Rechte entstandener Alimentenanspruch, dessen Voraussetzungen ein solches Recht nach dem BGB. nicht begründen, ist nach dem Inkrafttreten des BGB. hinfällig, selbst wenn er vor 1900 bereits rechtskräftig zugesprochen ist. Denn Unterhaltsrecht und -pflicht sind kein irgendwie vertragsähnliches Verhältniß; sie beruhen lediglich auf positivrechtlichen Vorschriften und bestehen deshalb räumlich und zeitlich nur insoweit, als diese Vorschriften selbst. Auch daß ein rechtskräftiges Urtheil die Alimente zuerkannt hat, ändert nichts. Gerichtliche Urtheile haben regelmäßig nur deklaratorische Kraft.

2. Das KG. hat in OLG. **4** 354 ausgesprochen, daß die von ihrem Ehemanne verlassene Ehefrau nicht aktiv legitimirt sei, Unterhaltsansprüche für ihre Kinder gegen ihren Mann geltend zu machen, daß vielmehr den Kindern ein Pfleger zu bestellen sei; und das OLG. Braunschweig hat die Ansicht vertreten, daß, wenn eine Ehe geschieden und der unschuldigen Ehefrau die Kindererziehung zugesprochen ist, nur das Kind, nicht die Mutter einen Alimentationsanspruch erheben könne.

§ 1602. Unfähigkeit, sich selbst zu erhalten, ist schon dann anzunehmen, wenn nach der Lebensstellung des Bedürftigen eine derselben entsprechende Erwerbsthätigkeit ausgeschlossen erscheint (§ 1610). RG. JW. **01** 480.

Spahn 47, 48 bemerkt: Erwerbsunfähigkeit und Leistungsunvermögen können trotz vorhandener Erwerbsmöglichkeit vorliegen, wenn die mögliche Erwerbsthätigkeit dem Bedürftigen bzw. Pflichtigen nach seinen persönlichen Verhältnissen nicht zugemuthet werden kann. Der verwittweten Tochter kommt die erweiterte Unterhaltspflicht der Eltern nicht zu Statten. Andere Verbindlichkeiten des Pflichtigen, welche seinen eigenen standesgemäßen Unterhalt gefährden, sind bei der Bemessung des Unterhalts zu berücksichtigen.

Verheirathet gewesene (verwittwete, geschiedene) Kinder sind nicht zu den „unverheiratheten" zu rechnen. Davidson 136 Anm.

§ 1603. 1. Bei der Beurtheilung der Leistungsfähigkeit des Schuldners muß dessen Unterhaltsverbindlichkeit gegenüber einem unehelichen Kinde außer Betracht bleiben, soweit der bedürftige Verwandte für den Fall der Pfändung dem unehelichen Kinde vorgehen würde (vgl. CPO. § 850 Abs. 4, Lohnbeschlagnahmeges. § 4a). Ritter, Gruchots Beitr. **46** 43 ff.

Zu berücksichtigen ist auch, daß die endliche Erfüllung der „sonstigen Verpflichtungen" an den Pfändungsverboten der CPO. scheitert und daß die Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem unehelichen Kinde nach § 850 Abs. 4 CPO. und § 4a des Lohnbeschlagnahmeges. hinter die Unterhaltsansprüche der Verwandten, des Ehegatten und des früheren Ehegatten zurücktritt, im Verhältnisse zu diesen Ansprüchen also mit den Pfändungsverboten der CPO. behaftet ist

und deshalb in den zutreffenden Fällen gegenüber dem Unterhaltsanspruche der Verwandten u. s. w. keine Berücksichtigung verdient. Ritter a. a. O. 44.

2. Für den Unterhaltspflichtigen liegt eine Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts nur dann vor, wenn für ihn die gegenwärtige Gefahr, in Noth zu gerathen, eintritt. Demgemäß muß der Unterhaltspflichtige nöthigen Falles auch die Substanz seines Vermögens zur Erfüllung seiner Verpflichtung angreifen, wenn dadurch nicht für die Gegenwart, sondern nur für die Zukunft die Gefahr einer Verarmung herbeigeführt wird. **RG.** JW. **01** 321.

3. Der in Anspruch genommene Verwandte hat zu beweisen, daß er nach seinen Verhältnissen zur Zahlung eines Unterhalts nicht im Stande sei (OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 36; vgl. Seuff. A. **25** 38). Er ist mit dem Einwande nicht zu hören, Kläger erhalte von anderen Personen Unterstützung, sofern es sich um bloße Wohlthätigkeit Dritter handelt (vgl. **RG.** **17** 222 und Gruchots Beitr. **41** 941). Der Unterhaltspflichtige muß nöthigen Falles aus seinem Stammvermögen die Alimente zahlen. OLG. **1** 461 (Marienwerder).

4. In der HansGerZ. **01** 193 führt OLG. Hamburg in einem Urtheile vom 11. 2. 01 aus: Der auf Alimentation in Anspruch genommene Vater darf nicht seine Kinder mit der Behauptung, daß er ohne Gefährdung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts zur Gewährung der Alimentation nicht im Stande sei, auf die Unterhaltspflicht der Mutter verweisen; denn die Mutter ist nicht als ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter im Verhältnisse zu ihren und ihres Ehemanns gemeinsamen Kindern anzusehen. Vater und Mutter haften vielmehr nach §§ 1602 Abs. 2 und 1603 Abs. 2 gemeinsam und gleichzeitig und nach § 1606 Abs. 2 auch zu gleichen Theilen, soweit nicht die fernere Bestimmung, daß in der Regel der Vater vor der Mutter hafte und die Mutter nur in erster Linie einzutreten habe, wenn ihr die Nutznießung an einem Vermögen der Kinder zustehe, Platz greift. Ist letzteres nicht der Fall, so kann die Fähigkeit der Mutter zur Unterhaltsgewährung niemals zu einer Befreiung des Vaters von derselben führen und nur mit Bezug auf die Bemessung der Höhe des vom Vater zu gewährenden Unterhalts in Betracht kommen, soweit die Mittel des Vaters zur Unterhaltsgewährung allein nicht ausreichen.

Die Verpflichtung beider Elterntheile besteht ohne Rücksicht darauf, ob sie mit einander in häuslicher Gemeinschaft leben, und zwar bis zur Erwerbsfähigkeit der Kinder, die in der Regel vom 16. Lebensjahr an beginnen wird.

5. OLG. **1** 146. Gegen Schwiegerkinder besteht ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch nicht. Wenn aber der Schwiegersohn mit der Tochter des hülfsbedürftigen Aszendenten in Fahrnißgemeinschaft lebt, haftet letzterem nicht nur das Gesammtgut, sondern auch der Mann persönlich gemäß § 1459 Abs. 2 als Gesammtschuldner.

§§ 1606, 1607. 1. Kann der in erster Linie Unterhaltspflichtige im Inlande nicht verklagt werden, so genügt zur Klage auf Unterhalt gegen den nach ihm haftenden Verwandten der Nachweis dieser Thatsache. Sache des Beklagten ist es, gegebenen Falles gegen die Klage einzuwenden, daß der Erstverpflichtete Unterhalt gewährt oder in gehöriger Weise angeboten habe. **RG.** JW. **01** 481; Gruchots Beitr. **45** 1031.

2. Winter führt im R. **01** 308 aus: Mehrere Unterhaltspflichtige sind weder als Gesammtschuldner, noch gemeinschaftlich nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit, sondern vielmehr nach Maßgabe desjenigen Antheils, zu welchem jeder von ihnen als Intestaterbe des Bedürftigen berufen sein würde, zur Unterhaltsgewährung verpflichtet. Das darf jedoch nicht dahin führen, einem bedürftigen Vater, der von seinen fünf Kindern nur eins in Anspruch nehmen kann, weil alle anderen Kinder leistungsunfähig (§ 1603) sind nur $^1/_5$ der Unterhaltsrente zuzubilligen.

In Folge Ausscheidens der unvermögenden Kinder aus der Reihe der unterhaltspflichtigen Abkömmlinge ist eine Mehrheit von alimentationspflichtigen Abkömmlingen, die entsprechend der Intestaterbfolge zu rangiren und nach Verhältniß ihrer Erbtheile in Anspruch zu nehmen wären, in solchem Falle überhaupt nicht vorhanden. Ferner tritt gemäß § 1607 an die Stelle eines leistungsunfähigen und aus diesem Grunde nach § 1603 von der Alimentationspflicht freien Verwandten der nächstverpflichtete Verwandte. Sind also drei Kinder ohne weitere Deszendenz vorhanden, so kann, falls zwei derselben unvermögend sind, das dritte auf den ganzen Unterhalt in Anspruch genommen werden. So ergiebt sich eine subsidiarische Haftung in totum, welche der Billigkeit entspricht.

Gleicher Ansicht (außer Planck Note 1 zu § 1607, v. Staudinger-Engelmann Note 1 zu § 1607, Scherer IV 310 Nr. 539) KG. (OLG. 4 102), wo gesagt ist: Die Haftung mehrerer in gleicher Linie Unterhaltungspflichtiger (z. B. Geschwister gegenüber den Eltern) bestimmt sich ohne Rücksicht auf ihre Vermögensverhältnisse lediglich nach Kopftheilen. Soweit ein Verpflichteter wegen Leistungsunfähigkeit ausfällt, treten die anderen gleich nahen Unterhaltungspflichtigen für den Ausfall ein. Auch OLG. Kiel (OLG. 4 356) führt aus: Die Unterhaltungspflicht mehrerer Abkömmlinge regelt sich gemäß § 1606 zunächst nach dem Verhältnisse der Erbtheile, die sie erhalten würden, wenn der Unterhaltsberechtigte im Zeitpunkte des Eintritts der Unterhaltsbedürftigkeit von ihnen beerbt worden wäre. Ist aber einer der Abkömmlinge nicht oder nicht in vollem Umfange fähig, seinen Theil zu tragen, so vergrößert sich die Unterhaltsquote der übrigen Abkömmlinge entsprechend. Auch das RG. hat jetzt (in Gruchots Beitr. 47 128 f.) die nämliche Auffassung vertreten.

§ 1606. Zu Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 bemerkt Erler 155: Für diesen Fall ist eine dem § 1585 Abs. 1 entsprechende Beitragspflicht des Mannes für die Zeit nach der Scheidung der Eltern nicht festgesetzt.

§ 1607. Zu Abs. 2 Satz 2: Neben dem gesetzlichen Anspruche des die Alimentation gewährenden Verwandten bleibt das aus dem etwaigen besonderen Rechtsverhältnisse dieses Verwandten zu dem Erstattungspflichtigen folgende Rückgriffsrecht bestehen und kann von beiden Seiten herangezogen werden. Stammler 202 ff., Mantey, Gruchots Beitr. 42 547 ff.

§ 1609. Sind minderjährige unverheirathete Kinder zusammen mit anderen Kindern und dem geschiedenen Ehegatten unterhaltsberechtigt, ohne daß die Mittel des Unterhaltspflichtigen zur Deckung des vollen Bedarfes ausreichen, so ist die Theilung in der Weise vorzunehmen, daß für die minderjährigen unverheiratheten Kinder und für die anderen Kinder gleiche Theile anzusetzen sind und die Theile der letzteren, damit der geschiedene Ehegatte denselben Theil wie die minderjährigen unverheiratheten Kinder erlangen kann, entsprechend geschmälert werden. Ebbecke 31.

§ 1611. Stirbt der böslich verlassene Ehegatte und geht damit die Pflicht zur Unterhaltung des schuldigen Ehegatten auf dessen Angehörige über, so regelt sich deren Unterhaltspflicht ohne Rücksicht auf die zu Gunsten des Verlebten etwa eingetretene Minderung der Unterhaltsverbindlichkeit. Süßheim, A.civPr 89 419.

Derselbe führt (Grünhuts Z. 29 495 f.) aus: Verzeiht der Unterhaltspflichtige das ehrlose Verhalten des Berechtigten, so ist er verpflichtet, diesem standesgemäßen Unterhalt zu gewähren. Gegentheilige Vereinbarungen sind nichtig.

Das Recht der Minderung des standesgemäßen Unterhalts tritt mit dem Zeitpunkt ein, in welchem der Thatbestand des ehrlosen Verhaltens gegeben ist, nicht mit dem Zeitpunkte von dessen Kenntniß. Auf den zukünftigen Unterhalt kann nicht verzichtet werden, wohl aber auf das Recht der Minderung. Kompen-

sation beiderseitigen ehrlosen Verhaltens ist unstatthaft. Dagegen fällt das Minderungsrecht fort bei gemeinsamem ehrlosen Verhalten oder wenn die Ehrlosigkeit durch den Pflichtigen selbst veranlaßt ist.

§ 1612. Wie das OLG. Dresden in seiner Entscheidung vom 6. 7. 00 angenommen hat, muß die Klage des Kindes auf Gewährung von Unterhalt in Geld abgewiesen werden, wenn der Vater sich erboten hat, den Unterhalt in Natur zu gewähren. Nur das Vormundschaftsgericht, nicht das Prozeßgericht, kann eine andere Art des Unterhalts bestimmen. SächsA. **10** 630.

Das RG. JW. **01** 870 hat zu dieser Frage ausgeführt: Das Recht des Vaters, seinen unterhaltsberechtigten Kindern gegenüber die Art der Gewährung des Unterhalts zu bestimmen, findet eine Schranke darin, daß die Kinder außer Stande sind, die vom Vater bestimmte Art des Unterhalts entgegenzunehmen. Die von den Eltern gewählte Art der Unterhaltsgewährung darf nach der konkreten Sachlage vom Standpunkte der Kinder für diese nicht unausführbar sein, da sonst von einer Unterhaltsgewährung überhaupt nicht die Rede sein kann. Von dieser Ausführbarkeit geht auch die Vorschrift im Satz 2 Abs. 2 des § 1612 aus. Denn wenn danach das Vormundschaftsgericht nur aus besonderen Gründen die von den Eltern gewählte Art der Unterhaltsgewährung ändern kann, so wird vorausgesetzt, daß diese Art an sich angängig, und sie nur durch eine zweckmäßigere zu ersetzen ist. Wählt daher der unterhaltspflichtige Elterntheil eine für die unterhaltsberechtigten Kinder unausführbare Art der Unterhaltsgewährung, so liegt die Sache rechtlich nicht anders, als wenn von ihm eine Bestimmung überhaupt nicht getroffen wäre. Daraus folgt dann aber, daß das Kind, der in Satz 1 Abs. 1 § 1612 ausgesprochenen Regel gemäß, in solchem Falle die Gewährung des Unterhalts in einer Geldrente verlangen kann, ohne gezwungen zu sein, zuvor die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach Maßgabe des Satz 2 Abs. 2 des § 1612 anzurufen. Vgl. auch OLG. **2** 93 (KG.).

Nach § 59 FGG. kann der Antrag von dem Kinde selbst gestellt werden; es bedarf nicht der Bestellung eines Pflegers. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 132.

Unverheirathete Kinder im Sinne des Abs. 2 sind auch verwittwete. Schultheis 256. Den Antrag kann das beschränkt geschäftsfähige Kind selbständig stellen (a. a. O. 256 [6]). Anlaß zur Aenderung kann geboten sein, wenn Erziehungsrecht und Unterhaltspflicht in verschiedener Hand ist (256). Die Entscheidungen des Gerichts entbehren der Vollstreckbarkeit (257). Die Unterhaltspflicht gegenüber Enkeln besteht primär in Geld; Aenderung nur nach § 1612 Abs. 1 Satz 2 BGB. (257 [8]).

§ 1614. Der § 1614 findet auch Anwendung auf Fälle, in denen der Verzicht vor dem 1. 1. 00 erklärt worden ist, soweit es sich um Alimentation nach 1. 1. 00 handelt. Was aber von dem vollständigen, jeden Anspruch auf Unterhalt aufgebenden Verzichte gilt, muß ebenso von einem nur partiellen oder bedingten Verzichte, sowie überhaupt von jeder vertragsmäßigen Abmachung gelten, durch welche die gesetzlichen Unterhaltsansprüche vermindert werden sollen (vgl. Motive zu § 1495 Entw.). RG. JW. **02** 72.

Vierter Titel.

Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

Literatur: Böhm, Vormundschaftsrecht (2) 1900. — Boschan, Eltern- und Vormundschaftsrecht 1900. — Fränkel, Familienrecht 1898. — Fuchs, Vormundschaftsrecht 1899. — Hesse, Vormundschaftsrecht 1900. — Knitschky, Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern 1899. — Kuby, Familienrecht (2) 1900. — Märcker, Nachlaßbehandlung, Erbrecht, Familienrecht und Vormundschaftsrecht (17) 1902. — Opet, Verwandtschaftsrecht 1899. — Schröder-Mugdan, Deutsches Vormundschaftsrecht 1900. — Schultetus,

Handbuch des Vormundschaftsrechts 1899. — Schultheis, Vormundschaftsrichter 1900. — Schultzenstein-Köhne, Deutsches Vormundschaftsrecht (2) 1901. — Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft 1900. — Weißweiler, Handbuch d. Vormundschaftsrechts 1900.

I. Rechtsverhältniß zwischen den Eltern und dem Kinde im Allgemeinen.

§ 1616. 1. Das eheliche Kind erhält mit der Geburt den von dem Vater in diesem Zeitpunkte geführten Familiennamen, also den Adoptivnamen des Vaters, wenn der Vater adoptirt ist. Opet 339³ u. A.civPr. 87 337; Kuhlenbeck, Note 1 zu § 1616.

2. a) § 1616 enthält nur Vorschriften über den Erwerb des Familiennamens, insofern derselbe sich kraft Gesetzes mit der Vollendung der Geburt vollzieht. Es fehlt bisher in unserem Rechte an Bestimmungen über das Recht der Beilegung von Vornamen überhaupt und von Zunamen bei Findelkindern (z. B. wer hat zu entscheiden bei einem Streite bezügl. der Vornamen des Neugeborenen zwischen den Eltern? wer giebt den Vornamen beim Wegfall oder bei Weigerung beider? liegt dem Standesbeamten eine Prüfungspflicht ob? u. s. w.). Der Erwerb und die Aenderung des Namens auf Grund öffentlich-rechtlichen Titels ist zwar nicht reichsgesetzlich, meist aber doch partikularrechtlich geregelt. Ramdohr, Gruchots Beitr. 43 28—33.[1]) Keine gültigen Titel für den Erwerb eines Namens sind der sogen. Erwerb in gutem Glauben und die Ersitzung,[2]) wohl aber die unvordenkliche Zeit. Ramdohr a. a. O. 49, 60. Neumann, Handausg. zu § 1706 Note I. 1 b behandelt die Beilegung des Vornamens als Ausfluß der Sorge für die Person des Kindes. Ebenso Opet 194⁴⁷ und Staudinger, Note 3 zu § 1616, übereinstimmend mit Mot. IV 712; Kuhlenbeck, Note 2 zu § 1616; Märcker (17) 476; Fränkel 118³; Knitschky 91 (Wille des Vaters geht vor); Kuhn, Familienrecht 6; Schröder-Mugdan 222 (Vormund berechtigt im Umfange seiner Sorge, z. B. bei Findelkindern und Tod der Eltern vor der Namengebung); Planck, Note 2 zu § 1616 rechnet sie zur thatsächlichen Fürsorge.

b) Nach Opet 195 vollzieht sich die Vornamengebung nicht erst mit der (deklaratorischen) Anzeige am Standesamte, sondern mit der vorausgehenden endgültigen Namenwahl. (Auch A.civPr. 87 345.)

c) Opet 196 und A.civPr. 87 346 hält in Ermangelung einer verbietenden Norm wiederholte Vornamenertheilung für zulässig (auch spätere beliebige Annahme anderer Vornamen, Opet, A.civPr. 87 350, 370).

d) Unterbleibt die Ertheilung des Vornamens in Folge Verhinderung der Eltern, so ist ein Pfleger (§§ 1665, 1909 Abs. 1 Satz 1) zu bestellen; unterbleibt sie in Folge Verschuldens der Eltern, so ist Einschreiten nach § 1666 Abs. 1 geboten, aber keine Pflegschaft, sondern Namengebung durch das Vormundschaftsgericht. Opet 196, 197.

e) Ueber die Vor- und Zunamenertheilung an Findelkinder fehlen reichsrechtliche Normen: Ortspolizeibehörde oder Vormund? Opet, A.civPr. 87 349, s. a. 367.

3. Kein Verzicht auf den Familiennamen, nur ipso-iure-Beseitigung in Folge Namensänderung. Opet, A.civPr. 87 372.

---

[1]) Die Verwaltungspraxis läßt, trotzdem das Namensrecht ein höchst persönliches ist, zu, daß der Vater, der den Namenswechsel beantragt, den Antrag zugleich Namens des gewaltunterworfenen Kindes stellt. Opet 185⁷; s. a. A.civPr. 87 348.

Nach Kuhlenbeck, Note 1 zu § 1616 bleibt das Kind trotzdem zur Führung des ursprünglichen nach § 1616 erworbenen Familiennamens befugt. S. Opet 342²⁰; s. a. A.civPr. 87 369.

[2]) Ebenso Opet, A.civPr. 87 359.

4. Ueber den Stand des Kindes enthält das BGB. keine Vorschrift; soweit es sich um den Stand im öffentlich-rechtlichen Sinne handelt, wozu der Adelsstand gehört, entscheidet über ihn das Landesrecht. Wo jedoch der Adelsstand aufgehoben und die Adelsbezeichnung Bestandtheil des Familiennamens geworden ist, untersteht der adelige Namen den Namensvorschriften des BGB. Spahn, 64; s. a. Scherer, Familienr. 315.

Ist die Adelsbezeichnung ein Standeszeichen, weil ihr Träger Mitglied eines Adelsstandes mit Sonderberechtigung, so bleiben die für den Erwerb adeliger Namen bestehenden Landesgesetze in Kraft; ist aber die Adelsbezeichnung wegen Beseitigung des Adels als eines Rechtsbegriffs Bestandtheil des Familiennamens geworden, so kommt BGB. zur Anwendung. Opet 350, der auch die übrigen Ansichten ausführlich erörtert; s. a. Opet, A.civPr. **87** 324[40] u. 331[5, 9]; Märcker (17) 476 (s. Näheres o. zu § 12 (9, 10).

Kein Verzicht auf das einen Bestandtheil des Familiennamens bildende Adelsprädikat (Namensänderung). Opet, A.civPr. **87** 372[146].

5. Das BGB., insbesondere die §§ 1616—1625, 1627—1634 ergeben keine erzwingbare Rechtspflicht der Eltern, dem durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinde den Nachweis über die ihm unbekannten Namen, Geburts- und Todestage der Geschwister zu liefern. OLG. Kiel, Seuff. A. **56** 138, R. **00** 516, OLG. **1** 337. Ebenso RG. JW **01** 54 mit der Begründung, daß ein solcher Anspruch weder gesetzlich ausgesprochen ist, noch sich aus der Zugehörigkeit des Kindes zur väterlichen Familie ableiten läßt.

§ 1617. 1. Ob ein Kind dem elterlichen Hausstand angehört, hängt davon ab, ob es dauernd ein Mitglied des Haushalts ist, den ein Elterntheil leitet. Wohnung und Beköstigung kommen dabei in Betracht, sind aber weder einzeln noch zusammen entscheidend. Spahn 66; Staudinger, Note 1 zu § 1617. Opet 127 nennt hausangehörig das Kind, das durch dauernde Benutzung der elterlichen Wohnung und des elterlichen Hausrats ein Glied des Hauswesens bildet; sofern es in irgend einer Beziehung ein Glied des Hauswesens zu bilden fortfährt, ist es hausangehörig, auch wenn es nicht „die Gemeinschaft eines Daches theilt".

2. Das Erziehungsrecht ist auf die Minderjährigkeit beschränkt. Staudinger, Note 1 a zu § 1617.

3. Werden die Einkünfte des Vermögens des Kindes zu seinem Unterhalte verwendet, so ist dies nicht dahin aufzufassen, daß das Kind sich selber unterhalte, sondern der Gewalthaber erfüllt damit eine ihm als Nutznießer obliegende Pflicht. Daher bleibt das Kind zu Dienstleistungen im Hauswesen der Eltern verpflichtet. Knitschky 105.

Die bloße Gewährung der Wohnung begründet nicht die Dienstpflicht des nicht mehr erziehungsbedürftigen Kindes. Knitschky 106.

4. Entscheidend ist die derzeitige Lebensstellung der Eltern, nicht die in Zukunft wahrscheinlich von dem Kinde einzunehmende Stellung. Opet 130.

5. Die Dienste sind nur auf Erfordern zu leisten; daher Schadensersatz wegen Nichtleistung nur nach Inverzugsetzung. Opet 131. Aehnlich Märcker (17) 479, der indeß die Dienstleistungspflicht nicht für rechtlich erzwingbar hält.

6. Leistet ein Kind seinen Eltern im Hauswesen Dienste, so liegt kein Gesindeverhältniß vor. Nußbaum, Preuß. Gesindeordnung zu § 23.

Ein Dienstvertrag im Sinne des § 59 HGB. liegt nicht vor, wenn das Kind im Geschäft arbeitet, vielmehr liegt hier Erfüllung gesetzlicher Pflichten vor. Freilich kann auch das Kind durch Dienstvertrag angestellt werden; daß dies der Fall ist, muß der, welcher hieraus Rechte (Ansprüche auf

Vergütung) herleitet, beweisen, weil es der gesetzlichen Regel widerspricht. Staub, Komm. z. HGB. (6. u. 7.) Note 8 zu § 59.

7. Opet 132 ff. hält die Vereinbarung einer Vergütung für die gemäß § 1617 zu leistenden Dienste für nicht klagbar, höchstens geeignet, eine die Rückforderung ausschließende Naturalverpflichtung zu begründen; ebenso Kuhlenbeck, Note 6 zu § 1617. A. A. Planck, N. 4 zu § 1617; Knitschky 106; Staudinger, Note 3 zu § 1617.

8. § 1617 regelt nur das privatrechtliche Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, läßt aber unberührt öffentlich-rechtliche Vorschriften, die zum Besten der Allgemeinheit gewisse Beschäftigungen der Kinder untersagen; z. B. §§ 42b, 60b, 62 GewO., die sich auch auf die eigenen Kinder des Gewerbetreibenden beziehen. OLG. Hamb., DJZ. **01** 564.

9. Der Anspruch aus § 1617 steht auch der unehelichen Mutter zu. Fränkel 169.

§ 1618. Verwenden die Eltern das vom Kinde zur Bestreitung der Haushaltskosten Ueberlassene zu einem anderen Zwecke, so ist im Zweifel ein Ersatzanspruch des Kindes begründet. Opet 135.

Auf freiwillig geleistete Dienste des Kindes kann § 1618 auch bezogen werden trotz des engeren Wortlauts. Knitschky 108.

Nach Staudinger, Note 3 zu § 1618 und Note 1 zu § 1705 sind §§ 1618 und 1619 auf uneheliche Kinder auch der Mutter gegenüber unanwendbar. A. A. Planck, Note 2b zu § 1705.

§ 1619. S. a. zu § 1618.

1. a) Ueber freies Ermessen vgl. Recke, A.bürgR. **20** 152.

b) Die Eltern dürfen die Einkünfte des Vermögens, zu denen nicht die Arbeitserträge gehören (die vielmehr selbst Vermögen bilden), verwenden, aber nicht das nicht Verwendete für sich behalten; deshalb sind sie nicht ganz frei von Rechnungslegung, sie müssen darthun, daß und wozu sie die Einkünfte verbraucht haben. Knitschky 109; a. M. Planck, Note 1 zu § 1617 verb. mit Note 1 zu § 1430; Staudinger, Note 1 zu § 1619; Märcker (17) 480 (Rechenschaftspflicht hinsichtlich der Kosten und Schuldenzahlung).

c) Den Vater trifft zwar keine Verantwortung bezüglich des rechtlichen Schicksals der Einkünfte, er haftet aber dem Kinde für die ordnungsmäßige Verwaltung selbst nach allgemeinen Grundsätzen; der nur auf die elterliche Gewalt beschränkte § 1664 findet keine Anwendung; soweit der betreffende Verwaltungsakt als Ausführung eines Auftrags sich darstellt, haftet er für Fahrlässigkeit überhaupt, wenn er Ausführung eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrags ist, nur für culpa in concreto. Opet 136; s. Planck, Note 2 zu § 1619 (Haftung für jedes Verschulden).

2. Dauert die Verwaltung noch nach dem Ausscheiden des Kindes aus der Hausangehörigkeit fort, so findet § 1619 keine Anwendung mehr. Opet 137.

3. Prozesse kann der Vater im Falle des § 1619 auch wegen der Einkünfte nicht führen. Scherer, Familienr. 316 Nr. 547.

§ 1620. 1. a) Im § 1620 wird (im Gegensatze zu § 1624) keine Begriffsbestimmung der Aussteuer gegeben, derselbe vielmehr mit Rücksicht auf den althergebrachten deutschen Gebrauch der Gewährung einer Aussteuer an die Tochter als allgemein bekannt vorausgesetzt, und deshalb nur die Zweckbestimmung „zur Einrichtung des Haushalts" hervorgehoben. Sprenger, A.civPr. **92** 434; Knitschky 91.

b) Gegenstände für den Gebrauch des Ehemanns fallen an sich nicht unter den Begriff der Aussteuer. — Die Aussteuer muß der materiellen Lage und der von den Eltern bekleideten Stelle im öffentlichen und bürgerlichen Leben, sowie

dem Stande, Range und Vermögen des zukünftigen Mannes entsprechen. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB.; OLG. Köln, R. **02** 73; OLG. **3** 247 (Hamb.); Opet 152 läßt die Lebensstellung des Aussteuerschuldners entscheiden; Knitschky 93 läßt entscheiden die Größe des elterlichen Vermögens und die Lebensstellung des Verlobten, nicht aber dessen Vermögen.

c) Es besteht nur ein Anspruch auf eine Aussteuer, nicht auf eine völlige Ausstattung. Eine Verpflichtung zu wiederholter Aussteuerung besteht auch dann nicht, wenn die erste Aussteuer ihren Zweck aus Verschulden des Mannes oder dritter Personen nicht erfüllt hat. Soweit das Vermögen der Tochter zur Beschaffung einer angemessenen Aussteuer nicht völlig ausreicht, oder falls dasselbe nur für eine Aussteuer, die nicht angemessen wäre, genügt, haben die Eltern für den fehlenden Theil aufzukommen. Süßheim a. a. O.; Opet 150: Aussteuerbedürftigkeit ist unabhängig von Unterhaltsbedürftigkeit im Sinne des § 1602; ein kleines Vermögen schließt sie nicht aus.

Der Aussteueranspruch der Tochter besteht nicht bei Verlobung, sondern bloß bei Verheirathung. Sofern die Aussteuer aber bereits beschafft wurde, können die Eltern, wenn der Bräutigam von der Verlobung schuldhaft zurücktritt, für die beschaffte, nunmehr unnöthig gewordene Aussteuer Schadensersatz verlangen. Süßheim a. a. O.

2. Die uneheliche Tochter hat einen Aussteueranspruch nur gegen ihre Mutter, nicht gegen ihren Vater. Der Anspruch des an Kindesstatt angenommenen Kindes richtet sich in erster Linie gegen seinen Adoptivvater. Ist der Vater gestorben oder zur Gewährung der Aussteuer außer Stande und trifft in Folge dessen die Aussteuerpflicht die Mutter, so kann diese ebenfalls ihre anderweitigen Verbindlichkeiten und die Sorge für den standesgemäßen Unterhalt in Berücksichtigung ziehen. Auf die Frau des verstorbenen Aussteuerpflichtigen geht dessen Verpflichtung nur dann über, wenn sie seine Erbin ist. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB.

Brettner, R. **00** 225 legt die §§ 1620—1623 dahin aus, daß sowohl die Adoptiveltern, als auch die natürlichen Eltern wahlweise aussteuerpflichtig sind, daß aber die einmal ausgesteuerte Tochter bei der Wiederverheirathung auch von dem Elterntheile nichts zu fordern hat, welcher früher keine Leistung gab.

Hat der Ehemann aus erster Ehe noch eine Hauseinrichtung, so wird dadurch der Aussteueranspruch der zweiten Frau gegen ihren Vater nicht gemindert. OLG. **3** 247 (Hamb.).

Die Tochter kann nicht mehr verlangen als ihr Erbtheil. Knitschky 93.

Der Verpflichtete hat die Wahl, ob er die Aussteuer in Geld oder durch Lieferung der Gegenstände gewähren will, es ist aber § 242 zu beachten. OLG. Köln, R. **02** 73, OLG. **4** 105; Knitschky 94.

3. OLG. **2** 441 (Jena): Der Anspruch der Tochter gegen den Vater auf die Aussteuer entsteht erst, wenn das vom Gesetz aufgestellte Thatbestandsmoment der Eheschließung eingetreten ist; vorher auch kein bedingtes Rechtsverhältniß, welches nur im Falle rechtsgeschäftlicher Bestimmung eintritt. Die Tochter kann also nicht vor der Verheirathung auf Feststellung der Verpflichtung des Vaters zur Gewährung der Aussteuer klagen, da ein Rechtsverhältniß, wie es in den §§ 256, 259 CPO. vorausgesetzt wird, fehlt. Diese Entscheidung hat das **RG. 49** 370 aufgehoben mit folgender Begründung: Indem die Tochter die Behauptung ihrer Verlobung unter Beweis stellt und so einen Anhalt dafür giebt, daß ihre Verheirathung thatsächlich bevorstehe, entnimmt sie aus der ausdrücklichen Weigerung ihres Vaters, ihr eine Aussteuer zu gewähren, Veranlassung, gegen ihn auf Feststellung seiner Verpflichtung zur Gewährung einer Aussteuer an sie bei ihrer Verheirathung zu klagen. Bei dieser Sachlage hat

sie ein wirthschaftliches Interesse, die Verpflichtung des Vaters schon jetzt feststellen zu lassen; dieses wirthschaftliche Interesse ist aber ausreichend, um die Erhebung einer Feststellungsklage zu rechtfertigen.

Türcke, DJZ. **01** 409 läßt den Aussteueranspruch bereits bei Abschluß der Verlobung oder mindestens von dem Augenblick an als entstanden gelten, in welchem die Heirath als gesichert und nahe bevorstehend anzusehen ist. Ebenso Francke, R. **01** 587. Sprenger, A.civPr. **92** 428 ff. spricht sich für die Möglichkeit der Feststellungsklage*) auf Grund des Familienverhältnisses zwischen Vater und Tochter und des als weitere Folge dieses bestehenden Rechtsverhältnisses erscheinenden bedingten Aussteueranspruchs, aber gegen die Annahme einer definitiven Entstehung dieses Anspruchs vor der Heirath aus. Ebenso David, R. **01** 533. Vgl. ferner Planck, Note 6 zu § 1620; Fränkel 121 [2]; Staudinger, Note 7 zu § 1620; Kuhlenbeck; Neumann; Gruchots Beitr. **45** 432.

Gegen die Entstehung des Anspruchs vor der Ehe Opet 149; Planck, Note 6 zu § 1620.

Der Aussteueranspruch der Tochter entsteht mit der Eheschließung der Tochter und nicht schon mit der elterlichen Einwilligung zur Eheeingehung. Für die als Aussteuer gegebenen Sachen wird nach den Grundsätzen über den Kauf gehaftet. Spahn, Verwandtschaft 69.

Nach Knitschky 96 sind die §§ 2182, 2183 BGB. entsprechend anzuwenden.

4. Zur Klage ist auch der im gesetzlichen Güterrechte lebende Ehemann befugt, da der Anspruch, auch soweit er auf Kleidungsstücke geht, zum eingebrachten Gute gehört. OLG. Köln, R. **02** 73. Fränkel 121 [2].

Die Beweislast ist so zu vertheilen, daß die Tochter lediglich ihre Aussteuerbedürftigkeit darzulegen, der Vater aber über seine Leistungsfähigkeit Aufschluß zu geben hat. Opet 151; Kuhlenbeck, Note 2 zu § 1620. A. A. Planck, Note 2 zu § 1620; Staudinger, Note 4a zu § 1620.

5. Ist die Ehe absolut oder relativ nichtig oder angefochten, so kann die Aussteuer zurückverlangt werden. Staudinger, Note 9 zu § 1620.

Hat die Tochter schon vor dem 1. 1. 00 geheirathet, so kann sie auf Grund des § 1620 keine Aussteuer verlangen. LG. Mainz HessRspr. **1** 84. Ebenso Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 39.

§ 1621. 1. a) Die Aussteuer kann auch dann verweigert werden, wenn die ohne elterliche Einwilligung heirathende Tochter zwar großjährig ist, aber wegen

---

*) Es ist aber, wie Sprenger in einer an die Red. gesandten Nachschrift bemerkt, die Feststellungsklage auf Feststellung des Anspruchs auf Aussteuergewährung in quali zu beschränken. Gegenüber dem Urtheile des RG. (JW. **01** 597, DJZ. **01** 507. s. oben), in welchem das etwaige Bedenken, daß der Vermögensstand des Vaters zur Zeit der beabsichtigten Verheirathung sich im Voraus nicht ermitteln lasse, mit der Begründung abgelehnt ist, diese Frage sei thatsächlicher Natur und gehöre zur Beweiswürdigung, führt Sprenger Folgendes aus: Die Bemessung der Höhe von Aussteuerwerthen kann absolut nicht eher möglich sein, bis die Heirath effektiv erfolgt. Denn zweifellos kann sie nur nach diesem Zeitpunkte bemessen werden (Planck, Note 6 zu § 1620). Werden nun für solche Höhe zwar irgend welche thatsächliche Angaben gemacht, ohne daß jedoch der Eintritt des Tages der Heirath bestimmt angegeben und absolut garantirt werden kann — solche Angabe und Garantie ist aber vor dem effektiven Eintritte solchen Ereignisses überhaupt ausgeschlossen —, so ist auf das Beweisangebot als irrelevant überhaupt gar nicht einzugehen. Es handelt sich also nicht um eine Frage thatsächlicher Natur, auch noch gar nicht um eine Frage der Beweiswürdigung, sondern um die Frage, ob die für die Werthhöhe in gedachter Unvollständigkeit angegebenen Thatsachen ausreichen, um das Beweisangebot zu berücksichtigen, und das ist eine reine Rechtsfrage, und zwar eine solche, die stets zu verneinen sein wird.

Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht entmündigt ist oder behufs Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens unter vorläufige Vormundschaft gestellt wurde. Ist die gesetzlich verlangte Einwilligung zur Verehelichung ertheilt, so kann sich der Aussteuerpflichtige nicht darauf berufen, daß er seinerseits seine Genehmigung zur Verheirathung nicht gegeben habe.

Die Aussteuer kann einer großjährigen Tochter selbst dann nicht verweigert werden, wenn das Vormundschaftsgericht im Hinblick auf die Berechtigung der elterlichen Weigerungsgründe gegen die Eheschließung der Tochter es abgelehnt hat, die gemäß § 1308 BGB. erbetene behördliche Zustimmung zu ertheilen. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB.

Ist die Einwilligung nach § 1308 ersetzt, so kann die Aussteuer nicht verweigert werden. Opet 156[56], Kuhlenbeck, N. 1 zu 1621, Staudinger, N. 1 zu 1621.

Heirathet die Tochter nach vollendetem 21. Lebensjahr ohne Zustimmung der Eltern, so kann ihr die Aussteuer auch dann nicht verweigert werden, wenn sie sich vor dem 21. Lebensjahre wider den Willen ihrer Eltern verlobt hatte. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 70; s. Knitschky 97.

b) Hat die Tochter ohne Einwilligung und ohne Ersatz derselben durch das Vormundschaftsgericht geheirathet (im Auslande), so kann sie sich später nicht darauf berufen, daß die Einwilligung grundlos versagt sei. Knitschky 96.

c) Heirathet die Tochter nach vollendetem 21. Jahre nochmals, so kann ihr nicht die Aussteuer für die 2. Ehe deshalb verweigert werden, weil die erste Ehe ohne elterliche Einwilligung geschlossen war. Opet 156.

2. Ehrloses Verhalten der Tochter berechtigt den primär aussteuerpflichtigen Vater auch dann nicht zur Entziehung der Aussteuer, wenn die Ehrlosigkeit der Tochter durch die Mutter veranlaßt ist. Süßheim, Grünhuts Z. **29** 500.

3. Die Einrede aus Abs. 1 kann von jedem Elterntheile, die aus Abs. 2 nur von dem, gegen den die Verfehlung ging, erhoben werden. Opet 157.

Die Einrede aus Abs. 1 wird nicht durch nachträgliche Genehmigung, die aus Abs. 2 nicht durch Verzeihung beseitigt. Opet 57 und 169[34]; a. A. in letzterer Hinsicht Planck, N. 2 zu 1621, der auch Verzeihung nach der Eheschließung genügen läßt. Nach Kuhlenbeck, N. 2 zu 1621 wird nur durch die vor der Eheschließung erfolgende Verzeihung die Einrede beseitigt.

§ 1622. 1. Die Aussteuerpflicht ist mit der einmaligen Aussteuer erfüllt, mag die Ehe gültig, anfechtbar oder nichtig, durch Tod oder Scheidung getrennt sein. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB.

Opet 155[55] verlangt eine zum Abschlusse gekommene (frühere) Ehe. Ebenso Kuhlenbeck, N. zu 1622. War die frühere Ehe nicht zu Stande gekommen, so ist die frühere Aussteuer zurückzugeben oder anzurechnen. Planck, N. 2 zu 1622; s. Staudinger, N. 9 zu 1620.

2. War die Aussteuer damals angemessen, so ist der Aussteueranspruch beseitigt, auch wenn sie jetzt nicht mehr angemessen wäre. Opet 155.

3. Auf eine von den Großeltern für die frühere Ehe erhaltene Aussteuer braucht die Tochter sich nicht verweisen zu lassen. Ist aber die von anderer Seite erhaltene Aussteuer während der Ehe untergegangen, so ist für die betreffende Ehe kein Anspruch mehr gegen die Eltern gegeben. Knitschky 97, 98.

Die Eltern haben zu beweisen, daß die frühere Aussteuer aus ihren Mitteln beschafft ist (s. § 1625). Märcker (17) 480

§ 1623. 1. Der bereits erworbene Aussteueranspruch kann im Wege des Erbganges auf dritte Personen übergehen; er stellt sich in diesem Falle als Ersatzanspruch für die anderweit beschaffte Aussteuer dar. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB.

7*

Nach Opet 154 findet eine Vererbung auf Seiten des Aussteuerpflichtigen nur im Falle der Rechtshängigkeit statt.

Für unbeschränkte Vererblichkeit Planck, N. 2 zu 1623, Fränkel 121[2], Knitschky 98, Staudinger, N. 1 zu 1623.

2. Nach §§ 1623 Satz 2, 1620 verb. m § 198 bestimmt die Eingehung der Ehe den einheitlichen Zeitpunkt, mit dem der Aussteueranspruch entsteht, von dem an zugleich seine Verjährung berechnet wird und von dem auch die Bemessung des Anspruchs in quanto (nach dem Vermögensstande des Vaters) abhängt. Sprenger, A.civPr. **92** 433; s. zu § 1620.

Während der Minderjährigkeit der Tochter ist die Verjährung nach § 204 S. 2 gehemmt. Opet 155, Planck, N. 4 zu 1623.

§ 1624. 1. a) Entscheidend ist die Absicht des Gebers, eine Zuwendung zu machen, die das Kind in seinen ehelichen Verhältnissen oder in seinen Bemühungen um eine Lebensstellung, wenn auch erst in Zukunft, unterstützen soll; diesen Ausstattungs-Animus des parens muß der beweisen, der diesen Charakter der sonst als Schenkung erscheinenden Handlung behauptet. Opet 142. Wird trotzdem Darlehen oder ein anderes Rechtsverhältniß behauptet, so ist der beweispflichtig, der hieraus Rechte herleitet. Knitschky 99.

Nicht nur Kapitalzuwendung ist Ausstattung, sondern auch andere geldwerthe Leistungen, unter Umständen Schuldenzahlung. Opet 143, Planck, N. 1 zu 1624.

b) Die Angemessenheit richtet sich nach dem Zeitpunkte des Versprechens oder der Hingabe. Die Verhältnisse des Vaters wie des Kindes sind zu berücksichtigen. Opet 143, 144, Knitschky 99.

c) Das innerhalb der Grenzen des § 1624 gehaltene Ausstattungsversprechen ist formlos gültig und klagbar; es können ihm die Einreden aus §§ 519, 528 f., 530 ff. nicht entgegengesetzt werden; der Elterntheil haftet für omnis culpa und für Verzugszinsen. Opet 144, 145, Planck, N. 3 zu 1624, Staudinger, N. 3 zu 1624, Kuhlenbeck, N. 1 zu 1624, Knitschky 99.

Scherer, Familienrecht 318 hält Einrede aus §§ 519, 1603 und die Rechtswohlthat der Kompetenz für gegeben.

2. Der Mann kann eine den Umständen entsprechende Ausstattung aus dem Gesammtgut ohne Zustimmung der Frau gewähren; ist zur Ausführung dieser von dem Manne innerhalb seiner Verwaltungsbefugniß getroffenen Bestimmung eine Verfügung über Grundstücke nothwendig, so darf die Frau ihre Zustimmung hierzu nicht weigern, vielmehr tritt bei unbegründeter Weigerung Ersatz der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ein. BayrObLG. Seuff. A. **56** 277, OLG. 2 68. (Vgl. Mot. IV 383, 390.) S. Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1624.

3. Die Ausstattung eines Kindes ist nicht als unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32 N. 1 KO. und § 3 N. 3 AnfGes. anzusehen. Spahn, Verwandtschaft 72, Staudinger, N. 3 und 4a zu 1624, Knitschky 100, Scherer, Familienrecht 318, Kuhlenbeck, N. 1 zu 1624, Jäger, Konkursord., N. 4 zu § 32; a. A.: Planck, N. 5 zu § 1624.

4. Ausstattung, die eine fremde Person giebt, ist nicht nothwendig Schenkung, kann z. B. Zusicherung einer Vergütung für Erfüllung des Eheversprechens sein. OLG. 5 416 (Posen).

§ 1625. Die Vermuthung, daß die Ausstattung das Vermögen des Kindes belastet, greift nur insoweit Platz, als die Person des Vermögensverwalters und Ausstattungsbestellers identisch ist.

Reicht das Vermögen der Tochter zwar zur Bestreitung der Aussteuer, nicht aber der sonstigen Ausstattung aus, welche der Vater bereits angeschafft hat, so ist dieser zwar berechtigt, das von ihm verwaltete Vermögen der Tochter zur

Tilgung der Kosten heranzuziehen, den Rest der noch ungedeckten Ausgaben aber muß er aus eigenen Mitteln bezahlen, gleichviel, ob ihm dadurch die Möglichkeit standesgemäßen Unterhalts benommen wird oder nicht. Süßheim, Die Aussteuer der Tochter nach dem BGB.

Eine Verwaltung nach § 1619 begründet nicht die Vermuthung des § 1625. Opet 146[23], Staudinger, N. 1 zu 1625, Fränkel 122[2].

Die für die Ausstattung aufgestellte Auslegungsregel gilt auch für die Aussteuer. Spahn, Verwandtschaft 73, 259, Planck zu § 1625 N. 2, Knitschky 100; a. A.: Staudinger, N. 3 zu 1625.

II. Elterliche Gewalt.

§ 1626. 1. „Elterlich" ist die Gewalt nicht in dem Sinne, daß sie beiden Eltern gemeinsam zusteht, sondern lediglich in dem, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen vom Vater auf die Mutter übergeht. Während der Dauer der Ehe steht nicht nur die Ausübung, sondern das Recht selbst ausschließlich dem Vater zu. Sartorius, Einfluß des Familienstandes, VerwA. **7** 352.

2. Ueber die Befugnisse des Vormundschaftsgerichts dem elterlichen Gewalthaber gegenüber im allgemeinen Engelmann, Seuff. Bl. **65**, 6.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. 1. Die elterliche Gewalt steht nicht beiden Eltern gemeinsam zu (abgesehen von § 1634). Aber sie ist auch nicht ein Ausfluß der Hausherrschaft des Vaters, sondern gebührt ihm kraft seiner Stellung als einer der beiden Eltern und mit Rücksicht auf seinen auch sonst anerkannten Vorrang vor der Ehefrau. Sie hat grundsätzlich das gleiche Wesen wie die übrigen Wirkungen des natürlichen Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Knitschky 138 ff.

2. Umfang des Rechtes der Sorge für die Person: Der Vater darf ein arbeitsfähiges Kind zu standesgemäßer Arbeit anhalten, damit es seinen Unterhalt erwirbt (s. Staudinger, N. 2b zu 1617). Verwendung eines Theiles des Arbeitsverdienstes seitens des Vaters für eigene Bedürfnisse kann unter Umständen obervormundschaftliche Maßnahmen zum Schutze des Kindesvermögens veranlassen, rechtfertigt aber nicht eine Beschränkung des Vaters in dem Rechte der Sorge für die Person. BayrObLG. DJZ. **02** 179.

Da das BGB. für den Fall bloß thatsächlichen Getrenntlebens der Ehegatten keine besonderen Bestimmungen über die Sorge für die Person des Kindes trifft, gelten hierfür dieselben Bestimmungen wie für den Fall des ehelichen Zusammenlebens der Eltern. OLG. **2** 201 (Hamburg), Knitschky 156[1].

3. Die Sorge für das Vermögen des Kindes berechtigt den Gewalthaber zur Ergreifung des Besitzes von dem Kindesvermögen; er wird damit unmittelbarer Besitzer. Spahn, Verwandtschaft 94; OLG. **4** 148 (Celle) s. o. Ziff. 5 u. 2b zu § 868.

Dem Vater kann nicht außer der Verwaltung das Recht zur unbeschränkten Veräußerung von Kindesvermögen letztwillig übertragen werden. Das BGB. kennt insbesondere keinen (dinglich wirkenden) Dispositionsnießbrauch. OLG. Darmstadt, HessRspr. **2** 123; s. auch Best daselbst 78.

Die Uebertragung des Verwaltungsrechts des Vaters auf einen Dritten ist unzulässig. Knitschky 190 (s. § 1793) und 213 (s. § 1658); s. Planck, N. 5 zu 1658 (Unübertragbarkeit des Rechtes der Sorge für Person und Vermögen).

Es giebt keine Befreiung des Vaters von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. OLG. 5 411 (KG.).

§ 1628. Ist für ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind Güterpflege gemäß § 334 RStPO. eingeleitet, so erstreckt sich die Pflicht des Vaters, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, nicht auf das der Güterpflege unterstellte, im Deutschen Reiche befindliche Vermögen. Entscheidung von Meinungsverschieden-

heiten zwischen Vater und Pfleger durch Vormundschaftsgericht. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 135.

§ 1629. S. § 1798.

§ 1629 betrifft nur Meinungsverschiedenheiten über eine Erziehungs- und Verwaltungsmaßregel, nicht auch über eine Rechtsfrage; die Entscheidung über eine solche ist durch § 1629 dem Prozeßrichter nicht entzogen. OLG. **3** 249 (Königsberg).

Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vormund und der wiederverheiratheten Mutter über den Aufwand für Unterhalt und Erziehung, dessen Höhe letztere maßgebend beeinflußt und deshalb nicht vom Vormund allein zu bestimmen ist (§ 1697 S. 2), entscheidet das Vormundschaftsgericht. BayrObLG. R. **02** 150.

§ 1629 ist entsprechend anzuwenden bei Meinungsverschiedenheiten über die Einordnung einer Angelegenheit in die Sphäre des Vaters und die des zufolge einer Entziehung (1796) bestellten Pflegers. Opet 191[38].

§ 1630. 1. a) Das Verwaltungsrecht des Vaters ist nicht übertragbar. Eines Vertreters darf der Gewalthaber sich bedienen, muß aber auch die Haftung für ihn übernehmen. Knitschky 190.

Ein Generalbevollmächtigter des Vaters ist nicht ohne Weiteres befugt, auch dessen Vertretungsbefugniß hinsichtlich des Kindes auszuüben, selbst wenn man eine solche Uebertragung an sich als zu lässig ansieht. LG. Bromberg, R. **02** 73.

b) Der Vater prozessirt im Namen des Kindes (anders der Ehemann nach § 1380). Hellwig, Subjektive Grenzen der Rechtskraft 37 N. 8. Strafantrag nur im Namen des Kindes. Liedtke, JW. **02** 537; a. A. Löwenstein, DJZ. **02** 364 (selbständiges Antragsrecht).

c) Als persönliche Angelegenheit des Kindes, auf die sich die Vertretungsmacht erstreckt, ist der Antrag auf Entmündigung des Kindes anzusehen. Spahn, Verwandtschaft 104. Levis, Entmündigung Geisteskranker 139[1] betrachtet die Stellung des Entmündigungsantrags nicht als eine persönliche Angelegenheit des Kindes, da dies den Antrag nicht selbst stellen könnte, hält aber den Gewalthaber oder Vormund als gesetzlichen Vertreter in persönlichen Angelegenheiten für antragsberechtigt (137).

2. a) Hat der Vater für eine dem Kinde ihm gegenüber aus der Auseinandersetzung des mütterlichen Nachlasses zustehende Forderung mit seinem Grundstücke dem Kinde Hypothek bestellt, und das Grundstück später an einen Dritten veräußert, so bedarf es zur Kündigung, zur Einziehung des Kapitals und zur Löschungsbewilligung eines Pflegers, da die Zahlung sonst an den Vater erfolgen müßte und also gegen diesen eine ungesicherte Forderung bestehen bliebe. KGJ. **24** A 17, CBlFrG. **3** 50, R. **02** 319; s. a. OLG. **5** 362 (KG.); ebenso KGJ. **23** A 245, R. **02** 206, CBlFrG. **2** 798. Ebenso BayrObLG.R. **01** 122; s. Consbruch, R. **01** 551.

b) Sind an einer offenen Handelsgesellschaft als Gesellschafter eine Wittwe und deren Kinder betheiligt, so kann nicht die Wittwe für sich und zugleich als elterliche Gewalthaberin der minderjährigen Kinder mit einem anderen volljährigen Kinde einen Vertrag über dessen Ausscheiden schließen und auch nicht die Vereinbarung über den Fortbestand der Gesellschaft zwischen ihr und den Kindern treffen; es bedarf vielmehr der Pflegschaftsbestellung, und zwar für das letztere Abkommen je eines besonderen Pflegers für jedes Kind. (§§ 1630 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, 181 BGB.). KGJ. **22** A 101 und OLG. **3** 20; s. auch KGJ. **22** A 280, R. **01** 517, CBlFrG. **2** 383, OLG. **3** 408 und **23** A 89, CBlFrG. **2** 777, R. **02** 177, OLG. **4** 451. Soll eine Erbauseinandersetzung

nur in der Weise erfolgen, daß Vater und Kind die Gemeinschaft aufrecht erhalten und nur ein dritter Miterbe ausscheidet, so kann der Vater das Kind vertreten; ein bloß möglicher Interessenwiderstreit rechtfertigt die Pflegschaft nicht. KGJ. **23** A 74, R. **02** 17, OLG. **4** 119, CBlFrG. **2** 567. Ebenso BayrObLG. R. **02** 233, welches noch betont, daß die eine Beschränkung des väterlichen Rechtes enthaltende Pflegschaftsanordnung durch die positive Feststellung der Verhinderung bedingt ist (vgl. besonders auch o. § 181 Ziff. 3 e (116).

c) Der Vater kann dem Kinde, dieses zugleich vertretend, gültig schenken; Realschenkung ist Erfüllungsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. Wunderlich, JW. **02** 284.

d) §§ 1627, 1630, 1649. Ist ein Hauskind Miterbe, so ist der Vater als Nießbraucher und Vertreter zum Antrag auf gerichtliche Erbtheilung berechtigt. Vgl. hierüber sowie über den Fall, daß dem Vater Verwaltung oder Nießbrauch oder beides entzogen ist, Josef, Komm. z. R.- u. Pr. FrGG., N. 6 B 7 zu § 86.

3. Abs. 2 Satz 2. a) Die Entziehung der Vertretung kann selbst gegen den Willen des Vaters erfolgen. Ist in diesem Falle dem Kinde ein Pfleger zu bestellen, so muß die Entziehungsverfügung der Bestellung des Pflegers vorangehen, da erst durch diese Entziehung die Verhinderung des Gewalthabers eintritt. Boschan 44; a. M. Märcker (17) 501: „Die Entziehungsverfügung kann auch einfach in Pflegerbestellung bestehen".

b) Die bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Vater nicht im wahren Interesse des Kindes handeln werde, rechtfertigt noch nicht die Entziehung (**RG. 21** 328), es ist aber nicht nöthig, daß die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen. Opet 190[34]; a. A. Böhm 178[1]. Staudinger, N. VI 6 zu 1630 läßt Entziehung zu, wenn der Strafantrag gegen den Gewalthaber oder Angehörige im Interesse des Kindes liegt, zwecks Durchführung des Strafverfahrens durch einen Pfleger.

c) Eine Entziehung des Rechtes zur persönlichen Vertretung in toto läßt sich, wenn sie auch formell nach § 1796 Abs. 1 statthaft wäre, doch durch § 1796 Abs. 2 nicht rechtfertigen. Opet 190[36], Staudinger, N. VI 6 zu 1630.

§ 1631. 1. a) Das Recht der Sorge für die Person ist ein Gewaltverhältniß mit einer Summe von Rechten und Pflichten. Wie die einzelnen aus ihm entspringenden Befugnisse durchzuführen sind, durch Eigenmacht des Befugten, durch Anrufung der Verwaltungsbehörde, des Vormundschaftsrichters oder des Prozeßgerichts, bemißt sich nur nach der Art der zu vollziehenden Maßregel, niemals nach dem Entstehungsgrunde des Sorgerechts. Das Recht des Sorgeberechtigten, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, ist ein civilrechtlicher Anspruch, der nur im Prozeßweg (und vorläufig durch einstweilige Verfügung) geltend gemacht werden kann, auch wenn das Sorgerecht auf einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts beruht. Insbesondere kann das Vormundschaftsgericht nicht, wenn es gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 einem geschiedenen Elterntheile die Sorge überträgt, zugleich die Herausgabe des Kindes in vollstreckbarer Form anordnen. Dronke, Buschs Z. **29** 510 ff.

b) Verträge der Eltern über die Erziehung der Kinder sind gültig. Auch mit Fremden können derartige Verträge gültig abgeschlossen werden, unterliegen jedoch der Anfechtung seitens der Eltern, falls sich herausstellt, daß sie dem Wohle der Kinder widerstreiten, oder falls die Eltern durch eine Nothlage zur Eingehung des Vertrags gezwungen waren, jetzt aber im Stande sind, selber für ihr Kind zu sorgen. Knitschky 156 ff.

Uebertragung der Ausübung der Erziehung auf einen Dritten zulässig; dieser erlangt damit auch die Zuchtgewalt; der Vater muß aber doch Aufsicht führen. Spahn, Verwandtschaft 218. Planck, N. 1 f zu 1631 hält Erziehungsver-

träge für gültig, für ungültig aber den Ausschluß des elterlichen Rechtes, die Kinder jederzeit zurückzunehmen. Ebenso Staudinger, N. I 7 zu 1631. Eltern können ihr Züchtigungsrecht Anderen überlassen, aber nur für gewisse Fälle oder Züchtigungsmittel, nicht in der Art, daß sie sich ihres Kindes völlig entledigen. RG. DJZ. 00 278.

c) Sorge für den Schulbesuch: KGJ. 20 C 36 und Note dazu. Abschluß von Lehrverträgen durch Vater in eigenem Namen kraft des Erziehungsrechts: Lewinsohn JW. 02 245.

d) Die Erziehungsgewalt erreicht mit der Volljährigkeit ihr Ende; die Erziehungsbedürftigkeit (§ 1610 Abs. 2) kann sich aber noch über diese Zeitgrenze ausdehnen. Pr. OVerGer. DJZ. 02 536.

2. Ueber „angemessene" Züchtigungsmittel Knitschky 150.

3. Abs. 2 Satz 2. Dem Antrage hat das Vormundschaftsgericht nicht unter allen Umständen stattzugeben, vielmehr selbständig zu prüfen, ob die Gewährung der Hilfe im Einzelfalle gerechtfertigt ist. Schultheis 154. Ueber „geeignete Zuchtmittel" 153. Siehe auch Nußbaum, Buschs Z. 29 483, der Prügel- und Ordnungsstrafen ausschließt, aber kurze Einsperrung zuläßt. Spahn, Verwandtschaft 218 gestattet körperliche Züchtigung, die dem Vormund oder Vollstreckungsbeamten übertragen werden kann, der in Preußen wieder die Hülfe der Polizei angehen kann. Knitschky 150 läßt körperliche Züchtigung durch einen Unterbeamten zu. Opet 200 [71]: polizeiliche Zurückführung, vorübergehende Zwangsdomizilirung in einer Anstalt oder Familie (geeignete, nicht nur angemessene Zuchtmittel). Ebenso OLG. 1 366 (KG.).

b) Hat der Vater freiwillig ein Kind in einer Erziehungsanstalt untergebracht, so kann es gegen seinen Willen selbst dann nicht zurückgehalten werden, wenn die Statuten der Anstalt ein Anderes bestimmen. — Hat das Vormundschaftsgericht den Vater auf seinen Antrag durch Anwendung von Zuchtmitteln unterstützt, so hat es auf Antrag des Vaters seine Verfügung wieder aufzuheben; es kann aber geeigneten Falles aus § 1666 einschreiten. Weißweiler 147, Schultetus 54, Opet 201 [73] KGJ. 22 A 39, CBlFrG. 1 975, OLG. 3 103.

c) Das Gericht kann die Unterbringung des Kindes in eine Anstalt auf Grund des § 1631 Abs. 2 anordnen und nach Art. 17 Pr. FrG. vollstrecken lassen. Dronke, Buschs Z. 29 517 [8]. Die Kosten trägt regelmäßig das Vermögen des Kindes. KGJ. 22 A 39, CBlFrG. 1 975, Schultetus 54.

4. Die Bestimmung des Wohnsitzes — im Gegensatze zu derjenigen des Aufenthalts — hat ihre Grundlage nicht in der elterlichen Gewalt, sondern erfolgt in Vertretung des Kindes. Vgl. Mot. z. BGB. I 72 im Gegensatze zu der unzutreffenden Auffassung der Denkschrift z. FrG. 23. Boschan 15.

§ 1632. 1. a) Das Recht auf Herausgabe ist ein Anspruch im Sinne des BGB. (§ 194). Hellwig, Anspruch und Klagrecht 38.

b) Die Herausgabe des Kindes ist im Wege der Klage zu betreiben. Weißweiler daselbst. LG. Tilsit, CBlFrG. 1 15.

c) Der Elterntheil, dem das Prozeßgericht nach § 627 CPO. für die Dauer des Scheidungsprozesses die Sorge für das Kind zugewiesen hat, kann nicht zur Durchführung des Herausgabeanspruchs gegen den anderen Elterntheil das Vormundschaftsgericht anrufen, sondern nur im ordentlichen Klagewege vorgehen. LG. Köln, Buschs Z. 29 510 und dazu Dronke daselbst, welcher noch ausführt, daß die Erwirkung der Herausgabe eines Kindes stets zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts gehört, auch wenn sie auf Grund einer obervormundschaftlichen Regelung des Sorgerechts verlangt wird (515 [6]). Vgl. Schneider, Buschs Z. 29 146.

2. a) Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist nicht ein Ausfluß der gesetzlichen Vertretung; die Klage steht deshalb jedem Elterntheile zu und kann erhoben werden, auch wenn die Vertretung des Kindes ihnen entzogen ist. Spahn, Verw. 89.

b) Der Mutter steht auch bei gefährdetem Kindesinteresse nicht die Klage auf Herausgabe gegen den Vater zu; dazu bedarf es erst einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung gemäß § 1666. Opet 214[112]. Der getrennt lebende Vater kann auch gegen die Mutter auf Herausgabe auf Grund seines gesetzlichen Erziehungsrechts klagen, ohne daß dieser das Recht zustände, dem Interesse des Kindes entnommene Gründe, die ausschließlich der obervormundschaftlichen Entscheidung unterstehen (1666, 1838), dem Prozeßrichter zu unterbreiten. OLG. **4** 103 (KG.). Knitschky 162.

c) Die Klage steht dem zur thatsächlichen Sorge berechtigten Elterntheil auch gegen den anderen Elterntheil zu, dem nur die Vertretung zukommt. Staudinger N. 2 zu 1632.

3. a) Die jedem*) Elterntheile zustehende Klage setzt den Nachweis des Klägers, daß Beklagter das Kind vorenthalte, voraus, während dieser den Mangel der Widerrechtlichkeit beweisen muß. LG. Metz, R. **01** 620, Opet 214, 215.

b) Ein Vorenthalten ist in dem Falle angenommen, daß der Beklagte dem klagenden Vater verwehrt hatte, das Zimmer des Hauses des Beklagten zu betreten, in welches sich das Kind geflüchtet hatte. OLG. Celle, R. **00** 373.

c) Widerstrebt das Kind selbst der Rückkehr, so ist gegen den, der das Kind ohne es zurückzuhalten, nur weiter verpflegt und in seiner Wohnung läßt, Klage nicht gegeben. In solchem Falle ist der Vater auf polizeiliche Hilfe angewiesen. OLG. 4 104 (Jena). Maercker (17) 48, Knitschky 162, 163.

d) Es ist auch Feststellungsklage dahin, daß ein Dritter nicht berechtigt sei, das Kind vorzuenthalten, zulässig im Falle ernstlicher Gefährdung (begründete Besorgniß der Entziehung). Der Einwand, daß Kläger zur Erziehung unfähig und deshalb bei dem Vormundschaftsgerichte Maßregel nach §§ 1665, 1666 beantragt sei, greift nicht durch, solange keine Maßregel getroffen ist, begründet auch nicht den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens. RG. DJZ. **02** 321.

4. Die Widerrechtlichkeit des Vorenthaltens entfällt, wenn das Vormundschaftsgericht die Unterbringung bei dem Beklagten angeordnet hat. Opet 216[120]. Ist dem Vater die Sorge entzogen und die Unterbringung angeordnet, so kann auch die Mutter die Herausgabe des Kindes nicht verlangen. Eckard, Elterliches Recht auf Herausgabe des Kindes 27.

5. a) Kein Zurückbehaltungsrecht wegen Auslagen für den Unterhalt. Knitschky 161.

b) Der Einwand, das Wohl des Kindes verbiete die Ueberlassung an den klagenden Vater, ist im Prozeß ausgeschlossen; der Beklagte muß sich an das Vormundschaftsgericht wenden zum Einschreiten nach § 1666 BGB. Scherer, Komm. IV 325. Auch der Mutter steht diese Einrede nicht zu. Eckard, Elterliches Recht auf Herausgabe des Kindes 44.

Eine Einrede kann auch nicht auf vertragsmäßige Ueberlassung des Kindes gegründet werden (keine Konventionalstrafe (§ 344), aber Schadensersatzanspruch). Opet 217, Scherer a. a. O. 328, Eckard a. a. O. 53, Staudinger N. 3 zu 1632 (N. 7 zu 1631), Kuhlenbeck zu 1632; ebenso Planck N. 1 zu 1632 unter Vorbehalt der Sonderfälle (§ 126 b, 127 d GewO.), s. a. RG. JW. **02** 404; a. A.: KG. OLG. **1** 278 wenigstens für eine im Hinblick auf die schon betriebene Scheidung getroffene Vereinbarung (s. zu § 1635). S. Märcker

*) S. Knitschky 149.

(17) 487. Der Klage der Mutter gegen einen Dritten steht die Einrede entgegen, daß diesem das Kind vom Vater überlassen sei. Knitschky 162.

§ 1633. Die thatsächliche Personensorge des Vaters tritt auch dann nicht wieder ein, wenn der Ehemann geschäftsunfähig oder sonst verhindert wird, die Sorge für die Frau wahrzunehmen; der Vormund des Ehemanns tritt aber auch nicht an seine Stelle. Knitschky 166, Planck, N. 3 zu 1633.

Hat die Tochter vor 1. 1. 00 geheirathet, so hat der Vater die Vermögensverwaltung selbst dann nicht, wenn sie ihm bisher zustand. Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 42.

§ 1634. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern über Aufenthalt und Erziehung der Kinder entscheidet der Wille des Vaters auch in Fällen thatsächlichen Getrenntlebens der Ehegatten, so lange nicht das Vormundschaftsgericht andere Maßregeln nach § 1666 trifft. OLG. **2** 201 (Hamburg). S. Knitschky 156[1].

Eine Vereinbarung der Eltern, wonach jedem Theile ein bestimmtes Gebiet der Personensorge unter Ausschluß des anderen Elterntheils zugewiesen wird, hindert diesen am Eingreifen in das verschlossene Gebiet nicht, wenn dies Eingreifen durch seine Elternpflicht geboten ist. Opet 193[43].

Theilnahme an der Erziehung mit Züchtigungsrecht hat in gewissem Umfang auch die Stiefmutter, aber nur als Beauftragte des Ehemanns, während die leibliche Mutter aus eigenem Rechte handelt. Knitschky 149[1].

Die väterliche Anordnung darf die Mutter nicht ganz von der Personensorge oder gar dem Verkehre mit dem Kinde ausschließen. Opet 193[45]. Klagerecht der Mutter und Verkehrsregelung durch das Gericht analog § 1636. Opet 329.

Der Mutter kann auch die ihr nach § 1634 zustehende Sorge gemäß § 1666 entzogen werden; dann ist sie auch im Falle der Behinderung des Vaters nicht zur Wahrnehmung der Personensorge befugt. Opet 210.

Die Mutter kann nicht auf Grund ihres Rechtes aus § 1634 gegen Maßregeln, die gegen den Vater nach § 1666 getroffen werden, Widerspruch erheben, wenn sie selbst schuldlos ist. Knitschky 264.

§ 1635. I. 1. Keine Anwendbarkeit dieses Paragraphen, wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit geschieden worden. Die Eltern können nicht eigenmächtig statt der Altersgrenze von 6 Jahren eine andere vereinbaren. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 56.

2. Es entscheidet das Prozeßgericht, wenn es nur auf die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen des § 1635 Abs. 1 S. 1 ankommt. Trotz einer solchen Entscheidung kann das Vormundschaftsgericht eine abweichende Regelung der Kindererziehung gemäß S. 2 treffen und ist hierfür ausschließlich zuständig. **RG. 46** 168, JW. **00** 642, R. **00** 418, DJZ. **00** 481, OLG. Darmstadt, CBlFrG. **3** 119, Davidson, Ehescheidung 163, Erler, Ehescheidungsr. 151, Böhm 18, vgl. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 151, Nr. 79 u. 700, s. a. OLG. **1** 389 (Hamb.) u. OLG. **2** 452 (KG.), **RG.** JW. **02** 404 (pr. R.).

Deshalb keine Aussetzung des Erziehungsstreits über das gesetzliche Recht bis zur Regelung durch das Vormundschaftsgericht, da dies neues Recht ist, kein Rechtsverhältniß im Sinne des § 148. OLG. **2** 298 (KG.).

Zur Begründung der Klage des unschuldigen Theiles auf Herausgabe des Kindes genügt die Bezugnahme auf die Schuldigerklärung im Urtheil und die Behauptung der Vorenthaltung des Kindes durch den Beklagten. Dieser kann einredeweise ein Recht auf Zurückbehaltung darlegen, z. B. auf Grund vormundschaftsgerichtlicher Anordnung gemäß S. 2. Auf eine bloß vertragsmäßige Ueber-

lassung des Kindes kann weder die Klage noch eine Einrede gegründet werden. Davidson 162, 166.

4. Verträge, in denen die Eltern unter sich die Sorge für die Person des Kindes regeln, sind nicht klagbar. Erler a. a. O. 152; so auch Märcker (17) 484, Staudinger N. VI zu 1635. Opet 322, Kuhlenbeck N. 3 zu 1635, Scherer, JW. **01** 247.

Verträge der Eltern unter einander über die Erziehung der Kinder verstoßen gegen die guten Sitten. Es widerstrebt der allgemeinen sittlichen Anschauung, daß familienrechtliche Pflichten als solche im Wege der Privatautonomie seitens des Pflichtigen von sich auf Andere abgewälzt werden. Strübe, BadRpr. **00** 322, s. a. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 56.

A. A. Knitschky 156, KG. OLG. **1** 278, welches im Anschluß an ein gemeinrechtliches Urtheil des **RG. 37** 189 ein nach der Scheidung oder während des Scheidungsprozesses getroffenes Abkommen der Ehegatten darüber, bei wem die Kinder erzogen werden sollen, als nicht gegen die guten Sitten verstoßend erachtet, s. aber KG. OLG. **4** 356 (s. auch u. Note I 1 zu § 1636).

5. Hat die Mutter als nichtschuldiger Theil die Personensorge, so findet bei Meinungsverschiedenheit zwischen ihr und dem Vater bei einer sowohl die eigentliche Personensorge als einen anderen Bestandtheil der elterlichen Gewalt betreffenden Handlung § 1629 entsprechende Anwendung. Opet 322.

II. 1. a) Abs. 1 Satz 2. In dem Verfahren zwecks abweichender Regelung der Sorge für die Person muß nach der Rechtsprechung des Kammergerichts dem Kinde ein Pfleger bestellt und gehört werden, da in dem Streite der Eltern eine Angelegenheit des Kindes, seine Erziehung, wahrgenommen werden solle, an deren Besorgung die Eltern wegen ihrer gegensätzlichen Stellung zu derselben gehindert seien. KGJ. **20** A 19, CBlFrG. **1** 318, R. **00** 435, KG. Seuff. A. **56** 5. Dagegen LG. Dresden, CBlFrG. **1** 700, da es sich nicht um einen Parteistreit, sondern um eine von Amtswegen zu treffende Entschließung der Behörde handele. Märcker (17) 485 u. 596. Schiffer, DJZ. **02** 237ff. führt aus, daß die Bestellung eines Pflegers nicht formelles Erforderniß aus prozessualem Gesichtspunkte, aber aus materiell-rechtlichen Erwägungen vielfach geboten, sogar als Regel zu behandeln sei.

➳ Boschan bemerkt bei Einsendung seines Berichts an die Redaktion zu der Ansicht des KG. Folgendes: Nach § 1909 des BGB. erhalten Kinder unter elterlicher Gewalt nur dann und nur für solche Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert ist, einen Pfleger. Eine Verhinderung des Gewalthabers liegt aber nur vor, wenn er an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich (z. B. durch Abwesenheit oder Krankheit) verhindert ist oder wenn er aus rechtlichen Gründen das Kind nicht vertreten kann, insbesondere wenn einer der Fälle vorliegt, in denen ein Vormund gemäß § 1795 von der Vertretung eines Mündels ausgeschlossen ist (1630 Abs. 2 Satz 1). Diese Voraussetzungen liegen im Falle des § 1635 regelmäßig nicht vor, im Gegentheil bestimmt § 1635 Abs. 2, daß das Recht des Vaters oder der Mutter zur Vertretung des Kindes unberührt bleibt. Dagegen wird regelmäßig in einem gemäß § 1635 eingeleiteten Verfahren das Interesse des Kindes zu demjenigen seiner Eltern oder des in der Sorge zu beschränkenden Elterntheils in einem erheblichen Gegensatze stehen (§ 1796 Abs. 2), und es wird daher häufig geboten sein, dem betreffenden Elterntheil in dem Verfahren und für dieses die Vertretung des Kindes gemäß § 1630 Abs. 2 Satz 2 zu entziehen. Durch diese Entziehung der Vertretung wird aber erst die Verhinderung des Gewalthabers geschaffen, und es folgt hieraus, daß regelmäßig die Bestellung eines Pflegers erst erfolgen darf, nachdem dem Gewalthaber durch

ausdrückliche Anordnung die Vertretung des Kindes in dem Verfahren entzogen worden ist. ←

b) Vorläufige Anordnungen in dringenden Fällen in einem Erziehungsstreite dürfen auch nach Ansicht des KG. CBlFrG. **1** 800, R. **01** 172, KGJ. **21** A 192 u. OLG. **2** 264 ohne Pflegerbestellung getroffen werden. Die Mutter kann nicht Pflegerin sein. KG. OLG. **1** 475. Die Regelung seitens des Gerichts beschränkt sich nicht auf die Sorge für die Person des Kindes. Süßheim, A.civPr. **91** 420.

2. a) Auf Grund des § 1635 kann den Eltern die elterliche Erziehungsgewalt nicht entzogen werden, sondern nur nach § 1666. Süßheim, A.civPr. **91** 422.

b) Das VG. kann nicht auf Grund des § 1635 die Sorge für die Person des Kindes beiden Eltern entziehen und einem Dritten übertragen. Davidson 165 ff., Knitschky 155[1], Staudinger N. 3 zu 1635. Vgl. Erler 152; a. A. Opet 323[6], Fränkel 134[6]. Das VG. ist schon vor der Scheidung, wenn die Voraussetzungen des § 1666 (!) vorliegen, berechtigt und verpflichtet — ohne Rücksicht auf die etwa vom Prozeßgericht erlassene einstweilige Verfügung —, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Davidson 164, vgl. OLG. Hamburg Seuff. A. **56** 90, Märcker (17) 486.

c) Nach OLG. **3** 426 (Stuttg.) findet vormundschaftsgerichtliche Regelung nach § 1635 S. 2 oder § 1666 während eines Streites der Eltern darüber, wem das gesetzliche Recht zu der Erziehung zusteht, auch nicht als vorsorgliche statt.

d) Das Vormundschaftsgericht kann nicht den Ehegatten, dem es die Sorge für das Kind abgesprochen hat, zur Herausgabe desselben an den anderen Ehegatten zwingen, da es zur Realisirung von Privatrechten nicht berufen ist; anders im Falle des § 1666. Nußbaum, Buschs Z. **29** 463, Dronke daselbst 515[6], LG. Dresden CBlFrG., **1** 700; a. M. OLG. Dresden, CBlFrG. **1** 701, s. a. KG. OLG. **1** 367 a. E., Marcus, CBlFrG. **1** 538, Farnbacher, CBlFrG. **2** 160, Maercker (17) 485.

e) Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts hat im Gegensatze zu einer privaten Uebereinkunft zwischen den Eltern die Wirkung, daß mit der Zuweisung der Kinder an einen Ehegatten die Pflicht des anderen zur Sorge aufhört. Schultheis 253[4].

Eine Uebereinkunft der Eltern bindet nicht und überhebt das Gericht nicht der Pflicht selbständiger Prüfung. Schultheis 254[6]; vgl. Süßheim, A.civPr. **91** 424.

3. a) Die getroffenen Anordnungen können und sollen aufgehoben werden, wenn sie nicht mehr erforderlich sind. Schultheis 254.

Das Vormundschaftsgericht ist an seine Anordnungen nicht gebunden; es kann insbesondere, wenn seit der Scheidung wegen böslicher Verlassung bereits längere Zeit verflossen ist und sich herausstellt, daß die dem nichtschuldigen Ehegatten zugesprochenen Kinder von diesem in wenig musterhafter Weise erzogen werden, demselben die Erziehung völlig entziehen und sie dem seiner Zeit für schuldig erklärten Ehegatten zuweisen; ebenso dann, wenn eine böswillige Verlassung der Kinder selbst insofern vorliegt, als sich der erziehungsberechtigte und verpflichtete Ehegatte von den Kindern kürzere oder längere Zeit, wenngleich noch nicht ein Jahr, böswillig fernhält und so eine gedeihliche Erziehung vereitelt. Die Fürsorge für die Kinder steht dem wegen böslicher Verlassung im Scheidungsurtheil für schuldig erklärten Ehegatten dann zu, wenn der andere Ehegatte in der Zwischenzeit verstorben ist obwohl hier vermuthlich der Ehegatte, welcher sich so lange Zeit von seiner Familie, auch von seinen Kindern fern gehalten hat, diesen keine besondere Pflege und Fürsorge angedeihen lassen wird. Sache des Vormundschaftsgerichts ist es, durch entsprechende Ueberwachung sich zu überzeugen, ob nunmehr, nach dem Tode des anderen Ehegatten, dessentwegen vielleicht

die bösliche Verlassung begangen wurde, der überlebende Ehegatte seinen Erziehungspflichten in vollem Umfange nachkommt oder ob er durch sein Verhalten den Kindern gegenüber zur Anwendung des § 1666 Veranlassung giebt. Süßheim, A.civPr. **91** 424.

4. Abs. 1 Satz 2. Auf Vollziehung der Anordnung des Vormundschaftsgerichts, welche die Kinder dem einen Elterntheile zuweist, kann dieser nicht im Rechtswege klagen, da die Anordnung von Amtswegen erfolgte, nicht seinen Antrag voraussetzte. Josef, R. **02** 92. Vgl. **RG. 46** 170.

III. Abs. 2. 1. Wenn die Mutter die Sorge für das Kind hat und der Vater nicht freiwillig dem Kinde den Unterhalt gewährt, so bedarf es einer Pflegschaftsbestellung zur Erhebung des Unterhaltsanspruchs. OLG. Braunschweig, Seuff. A. **55** 292, s. a. KG. Seuff. A. **57** 274 (bei getrennt lebenden Ehegatten).

2. Eine geschiedene Ehefrau kann für das bei ihr befindliche gemeinschaftliche eheliche Kind gegen ihren früheren Ehemann Klage auf Bestreitung des Unterhalts dieses Kindes nicht erheben, da das Recht der Vermögensverwaltung und der Vertretung des Kindes dem Vater verbleibt. Es wird in einem solchen Falle ein Pfleger für das Kind zu bestellen sein. Oppler, DJZ. **01** 210.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft äußert die der Scheidung nach § 1635 beigelegte Wirkung nicht. Süßheim, A.civPr. **91** 419. Dagegen Planck, N. 2 zu 1586, N. 4 zu 1635, Schultheis 252, Staudinger N. VII zu 1635:

IV. 1. Die Anwendbarkeit des § 1635 entfällt, wenn einerseits die elterliche Gewalt des Vaters ruht (§§ 1676, 1677) oder dieser an deren Ausübung verhindert ist (§ 1665) oder er dieselbe in Folge strafrechtlicher Verurtheilung verwirkt hat (§ 1680), andererseits die Ehefrau sich einer böslichen Verlassung, die zu einer Scheidung führte, schuldig gemacht hat. Süßheim, A.civPr. **91** 420.

§ 1636. I. 1. Verträge, in denen die Eltern unter sich die Befugniß des schuldigen Theiles zum persönlichen Verkehre mit dem Kinde regeln, sind nicht klagbar. Erler, Ehescheidungsrecht 153 (s. o. Note I 4 zu § 1635 u. unten II 3).

2. Der nicht erziehungsberechtigte Elterntheil darf das Kind nicht nur bei dem anderen Elterntheil aufsuchen; der gewöhnliche Sinn des „persönlichen Verkehrs" steht auch der Zulassung von vierzehntägigen Besuchen des Kindes bei dem anderen Elterntheile nicht entgegen. Vielmehr wird unter Berücksichtigung des § 1635 die Schranke des zulässigen persönlichen Verkehrs im Einzelfalle da zu ziehen sein, wo die Zwecke der Erziehung des mit dem Erziehungsrechte betrauten Elterntheils schädlich beeinflußt werden können. Bei veränderten Umständen kann der Vormundschaftsrichter die frühere Regelung des Verkehrs ändern. OLG. **3** 370 (KG.).

II. 1. Für die Verkehrsregelung ist das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig. OLG. München, R. **00** 418, LG. Mainz, HessRspr. **1** 21, Knitschky 162.

2. Die Anordnung, daß die Kinder aus einer geschiedenen Ehe jährlich vier Wochen bei der schuldigen Mutter zuzubringen haben, ist aus § 1636, der dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts einen weiten Spielraum läßt, zulässig und giebt dem nichtschuldigen Theile kein Beschwerderecht. OLG. **2** 348 (Karlsr.).

3. Das Vormundschaftsgericht darf den Verkehr zwischen Eltern und Kindern nicht ganz untersagen. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 56. Ebenso Knitschky 158[1], Kuhn 13, Planck zu § 1636, welcher aber abweichend von Knitschky 159, auch vertragsmäßigen Verzicht des Ehegatten auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde für unzulässig hält. Ebenso Opet 323[9], 330[12], Kuhlenbeck N. zu § 1636, Staudinger N 1 u. 2 zu §1636. Ebenso OLG. **1** 378 (Hamb.).

4. Der die Sorge für die Person des Kindes ausübende Ehegatte kann von dem anderen im Klagewege zur Gestattung des Verkehrs nach Maßgabe der vom

Vormundschaftsgerichte getroffenen Anordnungen angehalten werden. Daneben besteht die — landesgesetzlich geregelte — Befugniß des Vormundschaftsgerichts zur zwangsweisen Durchführung seiner Anordnungen. Davidson 168 ff.

Das Vormundschaftsgericht kann (in Preußen) den widerstrebenden Elterntheil durch Ordnungsstrafen zur Befolgung seiner Anordnungen anhalten (Art. 15 des PrFGG.), auch ist dem Ehegatten, welchem das Kind widerrechtlich vorenthalten wird, auf Grund der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung ein Klagerecht gegeben, allerdings nicht auf Grund des § 1632 BGB., da ihm nicht die Sorge für die Person des Kindes zusteht. Boschan 47.

Hierzu bemerken Schultzenstein, JWBl. **01** 160 und Marcus, CBlFrG. **1** 538, daß regelmäßig eine Klage entbehrlich sein wird, wenn das Vormundschaftsgericht von Art. 17 des PrFGG. Gebrauch macht und unmittelbaren Zwang anwendet. Für zwangsweise Durchführung auch Nußbaum, Buschs Z. **29** 464 und 498, Märker (17) 485. Vgl. Planck, N. 5 zu § 1632.

A. M. Schultheis 255. Keine Zwangsbefugnisse des Vormundschaftsgerichts zur Durchführung der getroffenen Regelung, da es sich nicht um Pflichten gegenüber dem Kinde handelt. S. Knitschky 159.

5. Auch für die Regelung des Verkehrs ist nach der Ansicht des KGJ. **24** A 27, CBlFrG. **2** 764, R. **02** 176 Pflegschaftsbestellung erforderlich.

6. Regelung des Verkehrs nach § 1636 auch bei Scheidung auf Grund des früheren Rechtes (Art. 206 BGB.). KGJ. **24** A 27, CBlFrG. **2** 764, R. **02** 176, s. a. CBlFrG. **2** 518.

III. 1. Aus § 1636 Satz 2, wonach das Vormundschaftsgericht den Verkehr zwischen dem geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, und dem Kinde näher regeln darf, läßt sich nicht folgern, daß es auch während der Ehe zu einer solchen Regelung zuständig ist. Die Aufsicht des Gerichts dem Gewalthaber gegenüber ist nicht regelmäßig, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise wirksam. Für die Regelung des Verkehrs des nicht geschiedenen Gatten mit dem Kinde ist aber von dem Gesetz eine Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht bestimmt. OLG. **3** 41 (Dresden) und Seuff. A. **56** 453 (desgleichen).

2. Während des Ehescheidungsprozesses darf das Prozeßgericht nach §§ 627, 940 CPO. durch einstweilige Verfügung Bestimmungen über den Verkehr der Kinder, die bei dem einen der getrennt lebenden Ehegatten verblieben sind, mit dem Andern treffen; §§ 1636 und 1666 stehen nicht im Wege. **RG.** DJZ. **02** 118. Ebenso OLG. **1** 378 (Hamb.).

IV. Opet 208[97] folgert aus § 1636, daß auch dem zur Zwangserziehung überwiesenen Kinde gegenüber die Eltern Zutritt beanspruchen dürfen und dem Vormundschaftsgerichte die nähere Verkehrsregelung obliegt.

Für entsprechende Anwendung des § 1636 in ähnlichen Fällen (Geisteskrankheit des Elterntheils, Verwirkung der Gewalt) Knitschky 159.

§ 1637. Wegen Regelung der elterlichen Gewalt, wenn der Ehegatte eines für todt Erklärten eine neue Ehe geschlossen hat, insbesondere wenn diese Ehe für nichtig erklärt oder angefochten wird, s. Boschan 105.

Bei Wiederverheirathung des Vaters und Rückkehr der für todt erklärten Mutter findet § 1637 Anwendung, wenn die Mutter dem Vormundschaftsgerichte gegenüber (§ 1679) erklärt, daß sie die Sorge für die Kinder wieder übernehmen will. Staudinger, N. 1b zu § 1637 und N. 2 zu § 1679.

§ 1638. 1. a) Wird nur dem Vater die Verwaltung entzogen, so geht sie ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers auf die Mutter nicht über, da die Verwaltungsentziehung sich nur als Entziehung eines Theiles der elterlichen

Gewalt des Vaters darstellt, ohne die Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt zu berechtigen. Boschan 67.

b) Auch die Mutter kann durch letztwillige Verfügung den Vater von der sonst kraft seiner elterlichen Gewalt eintretenden Verwaltung und Nutznießung an dem aus ihrem Nachlasse den Kindern zufallenden Vermögen ausschließen, auch an dem Pflichttheile. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 425; s. Knitschky 250[1], Staudinger, N. 2a zu § 1638.

c) Dem Vater kann in seiner Eigenschaft als Inhaber der elterlichen Gewalt die Verwaltung entzogen, derselbe aber als Pfleger gleichzeitig benannt werden; es hat dies Bedeutung, da der Vater als Gewalthaber freier stehen würde als der Pfleger, der der fortlaufenden Aufsicht des Gerichts untersteht. KGJ. **20** A 222. Dagegen KG. OLG. 2 473.

d) Die Anordnung der Verwaltungsentziehung kann spätestens bei der Zuwendung erfolgen, dann aber auch stillschweigend unter Bezugnahme auf eine frühere, für den Fall einer späteren Zuwendung gegebene Anordnung. Opet 223, Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1638. Später nur durch Vertrag mit dem Gewalthaber. Opet 224[38]. Eine früher als bei der Zuwendung getroffene Anordnung erklärt für wirkungslos Staudinger, N. 2b zu § 1638.

e) Ist der Vater durch letztwillige Verfügung von der Verwaltung ausgeschlossen, so hat das Nachlaßgericht dem Vormundschaftsgerichte Nachricht zu geben; auch dem Vater selbst liegt diese Pflicht ob und nicht minder dem Testamentsvollstrecker. Hesse, R. **01** 577; s. a. Schultzky, R. **01** 346.

2. Auch die Zuwendung sub modo erfolgt „unentgeltlich". Opet 223[33].

3. Abs. 2. Die Surrogation kann durch Anordnung des Zuwenders ausgeschlossen sein. Opet 224[40].

Kraft des Surrogationsprinzips gehört auch der Ersatzanspruch des Kindes gegen den Pfleger aus der Verwaltung zu dem der väterlichen Verwaltung nicht unterworfenen Vermögen; daher keine Vertretungsbefugniß des Vaters im Rechtsstreite gegen den Pfleger auf Rechnungslegung. Knitschky 229[1]; a. A. Fränkel 144[6] für Vertretungsbefugniß des Vaters in diesem Rechtsstreite.

§ 1639. S. a. § 1803.

1. a) Auch wenn die Nichtbefolgung der Anordnung keine Gefährdung des Vermögens (§ 1667) besorgen läßt, hat das Gericht die Durchführung zu veranlassen. Schultheis 250, Opet 226, Knitschky 227.

b) Abs. 1 Satz 2. Die Bestellung eines Pflegers ohne völlige oder theilweise Entziehung der Verwaltungsbefugnisse wird nur so weit angängig sein, als bereits Ansprüche des Kindes gegen den Gewalthaber wegen Verletzung seiner Verwaltungspflichten entstanden sind, da an sich eine Verhinderung des Gewalthabers an der Besorgung der Verwaltung (§ 1909) nicht vorliegt, vielmehr erst durch deren Entziehung geschaffen wird. Desgleichen wird in Preußen die Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen den Gewalthaber nur erfolgen können, wenn es sich um eine Handlung handelt, die ausschließlich von seinem Willen abhängt (Art. 15 des Pr. FG.). Boschan 69.

c) Fränkel 155 hält auch Entziehung der Nutznießung im Falle des § 1639 Abs. 1 S. 2 für möglich.

2. Wie die Vermögensgegenstände selbst, sind auch deren Surrogate zu verwalten. Opet 227; vgl. Knitschky 230, Staudinger N. 1 zu § 1639.

3. Abs. 2. Die Aenderungsbefugniß des Gerichts ist auf die Fälle des § 1639 beschränkt, nicht auch im Falle des § 1638 gegeben. Schultheis 245[21].

§ 1640. 1. a) Die Pflicht der Einreichung des Vermögensverzeichnisses ist auch dann vorhanden, wenn die Mutter vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist. Weißweiler, Handbuch des Vormundschaftsrechts 158, RheinAB. **00**

169. Ebenso Habicht, Gruchots Beitr. **42** 435, Marcus, DJZ. **00** 114, Schultheis, CBlFrG. **1** 1 ff., Knaf, HessRspr. **2** 127, Scherer, JW. **00** 846, Laue, CBlFrG. **3** 239. Gl. A. OLG. Köln, RheinAB. **00** 185 und OLG. **1** 208. Desgl. AG. Tilsit und Entschdg. d. Landger.-Präs. daselbst vom 9. 5. 1900, CBlFrG. **1** 301.

b) Fischer, DJZ. **00** 162 will die Inventarisationspflicht auf das nach 1. 1. 00 erworbene Vermögen beschränken. Märcker (17) 489 gleicher Ansicht, anscheinend auch für den Fall des Todes der Mutter nach 1. 1. 00. Auch Planck N. 3c beschränkt die Inventarisationspflicht wie Fischer auf das nach 1. 1. 00 anfallende Vermögen, führt aber zu Unrecht Habicht (3) 625 und Niedner (2) N. 2 a. E. zu Art. 203 als Vertreter seiner Ansicht an; diese sprechen sich für Inventarisirung des am 1. 1. 00 vorhandenen Vermögensbestandes aus; ebenso Schultheis CBlFrG. **1** 1 ff., welcher noch „Ersatzansprüche gegen den Vater aus der bisherigen Verwaltung" als dahin gehörig erwähnt.

c) Beschränkung der Inventarpflicht auf die nach 1. 1. 00 eintretenden Todesfälle:

Gescher, RheinAB. **00** 115, Cronenberg daselbst 161 (der Thatbestand des § 1640 ist mit dem Tode der Mutter abgeschlossen) und 205 ff. (mit dem Tode der Mutter oder dem Vermögenserwerbe; nicht an den Besitz geknüpft). Ferner Gescher, RheinAB. **01** 42 ff. mit Rücksicht auf die Undurchführbarkeit und den Sinn des Art. 203 S. 2, der nur bedeute, daß beim Tode der Mutter nach 1. 1. 00 die Inventarpflicht auch das früher erworbene Vermögen umfaßt.

2. a) Darüber, ob das Gesammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft in das Verzeichniß aufzunehmen ist, herrscht Streit.

Dafür: LG. Elberfeld, R. **01** 563 Nr. 2350, Schenk, CBlFrG. **3** 161 ff., Schultheis 234, Staudinger, N. 2 zu § 1640.

Dagegen: LG. Hanau, R. **00** 236 (Verwalter kraft eigenen Rechtes), LG. Köln, CBlFrG. **1** 983; KGJ. **23** A 22, OLG. **4** 358, CBlFrG. **2** 765, R. **02** 102, Planck, N. 1 zu § 1640, Knitschky 187, Märcker (17) 490.

b) Ausgeschlossen von der Aufzeichnung ist das dem Kinde durch den Tod eines Elterntheils angefallene Vermögen, welches von dem überlebenden Elterntheile nach dem in dem früheren Herzogthume Nassau geltenden Titel 28 der Solmser Landesordnung von 1571, dessen Fortbestand nach dem Jahre 1900 zufolge Art. 53 § 6 in Verbindung mit Art. 46 §§ 2 und 3 des Pr. AusfGes. z. BGB. vorgesehen ist, beleibzüchtigt wird. Fohr, A.civPr. **00** 103.

Ueber den Fall der Leibzucht nach nassauischem Rechte weiter Lieber, CBlFrG. **2** 801 ff., der die Inventarisirung ausschließt, da das Vermögen nicht kraft elterlicher Gewalt, sondern kraft des als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes fortbestehenden Leibzuchtsrechts verwaltet wird, und dagegen Schenk, CBlFrG. **3** 155 ff., beide im Anschluß an eine die Inventarisationspflicht bejahende Entscheidung des KG., Frankfurter Rundschau **01** 169 und OLG. **3** 105. (Der Anspruch auf die Hälfte der Gemeinschaft ist ein gegenwärtiges Vermögensrecht und untersteht der Verwaltung der Mutter als Gewalthaberin.)

Schenk a. a. O. versteht unter dem der Verwaltung des Vaters unterliegenden Vermögen dasjenige Vermögen, das seiner elternrechtlichen Vermögensverwaltung im Sinne der §§ 1638 und 1627 unterliegt, einerlei, ob ihm außerdem betreffs desselben Kindesvermögens noch ein güterrechtliches oder sonstiges Verwaltungsrecht zusteht, einerlei, ob das Vermögen Alleineigenthum oder Miteigenthum, Sondergut oder Gesammtgut ist; ausgeschlossen von der Verzeichnißpflicht ist nur das nach § 1638 oder nach §§ 1628, 1629 der väterlichen Gewalt entzogene Vermögen.

c) Nach KG. DJZ. 01 389 ist auch die Wittwe, der lebenslänglicher Nießbrauch am Vermögen letztwillig zugewandt ist, inventarisationspflichtig; ebenso OLG. Darmstadt, CBlFrG. 2 562, HessRspr. 2 116, KGJ. 23 D8, OLG. 4 113.

d) Das Rechtsverhältniß eines Gewalthabers, der in seiner Ehe nach Errungenschaftsgemeinschaft gelebt hat, zu seinen Kindern ist demnach hinsichtlich des Gesammtguts im Wesentlichen nicht anders zu beurtheilen, wie das Verhältniß des Gewalthabers zu seinen Kindern, mit denen er in Erbengemeinschaft steht. Ein solcher hat aber in das Verzeichniß (§ 1640) auch die seinen Kindern aus der Erbgemeinschaft zukommenden Vermögensrechte mit aufzunehmen OLG. 3 105 (KG.).

e) Wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament einander als Vorerben und die Kinder als Nacherben auf den Ueberrest eingesetzt haben, so hat der überlebende Ehegatte die Pflicht, ein Verzeichniß gemäß § 1640 BGB. einzureichen und darin den gesammten Nachlaß und den Werth des Pflichttheils der Kinder anzugeben, da den Kindern alternativ ein betagter Anspruch auf den Nachlaß des Erblassers und der Anspruch auf den Pflichttheil zusteht. KGJ. 20 A 225, OLG. 1 476, R. 00 538. Ebenso Häckel, DJZ. 00 339, der zugleich die Inventarpflicht auf den Fall erstreckt, wenn der verstorbene Ehegatte nur den anderen (unter stillschweigendem Ausschlusse der Kinder) zum Erben eingesetzt hat; denn der den Kindern zustehende Pflichttheil ist ein beim Tode des Erblassers erworbener Anspruch, der als vermögensrechtlicher der Verwaltung des überlebenden Elterntheils unterliegt.

Für beide Fälle ist Scherbring, DJZ. 01 187 der Ansicht, daß der überlebende Ehegatte nicht ein Verzeichniß der einzelnen Nachlaßgegenstände einzureichen habe, sondern sich mit der Angabe des Werthes des Nachlasses begnügen könne, diese aber erforderlich sei, damit die Pflichttheilsberechtigten die Höhe ihres Pflichttheils berechnen können; der Vormundschaftsrichter könne die Pflicht zur Einreichung eines Inventars aus §§ 2314, 2121 nicht herleiten, da diese nur den Kindern das Recht gäben, ein Verzeichniß von dem Ueberlebenden zu verlangen.

Ist der überlebende Ehegatte zum Vorerben eingesetzt, während die Kinder als Nacherben auf dasjenige eingesetzt sind, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird (§ 2137), so liegt Vermögen, welches der Vater für das Kind zu verwalten hätte, nicht vor, und es bedarf daher der Einreichung eines Vermögensverzeichnisses nicht. Dasselbe muß auch gelten, wenn nach Inhalt des Testaments dem Vater aus eigenem Rechte, nicht in Vertretung seiner Kinder die Verwaltung des Nachlasses auf Lebenszeit oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zusteht. (KGJ. 10 67.) Ob aus besonderen Gründen, insbesondere wegen Gefährdung des Kindesvermögens (§ 1667), die Mittheilung eines Vermögensverzeichnisses (z. B. in den Fällen des §§ 2121, 2136) verlangt werden kann, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab; erforderlichen Falles ist zur Geltendmachung der dem Kinde zustehenden Ansprüche ein Pfleger zu bestellen. (KGJ. 15 73), Boschan 87.

Gegen die Inventarpflicht des Vaters als Vorerben auch Maercker (17) 490.

Auch das Vermögen, welches zu einem vom Kinde selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfte gehört, ist zu inventarisiren. Schultheis 233. Auch die Passiva sind aufzunehmen (a. a. O. 234). Ebenso LG. Gießen, HessRspr. 2 29; a. M. Planck, N. 2 zu § 1640, Maercker (17) 489. Das Inventar ist vom Vormundschaftsgerichte zu prüfen Schultheis 235. Ebenso Planck, N 3 zu § 1640. KGJ. 20 A 235. Ueber weitere Maßnahmen des Richters s. Laue, CBlFrG. 3 240.

Wie über den Zugang, muß auch über den Abgang einzelner Stücke dem

Gerichte Mittheilung gemacht werden. Staudinger, N. 3 zu § 1640, Cronenberg, RheinAB. **00** 207; a. A. Planck, N. 1 zu § 1640.

4. a) Die Anordnung der Aufnahme des Verzeichnisses durch einen Beamten (§ 1640 Abs. 2) ist auch dann zulässig, wenn die Einreichung von dem Gewalthaber verweigert wird. Sie ist aber, wenn sie von dem verstorbenen Elterntheil ausgeschlossen ist, auch nicht als Ermittelung nach § 12 FrGG. statthaft. KGJ. **20** A 225, R. **00** 539.

b) Trotz Ausschlusses gemäß § 1640 Abs. 2 S. 2 ist amtliche Aufnahme im Falle des § 1667 zulässig. Kuby 15.

c) Ordnungsstrafen zur Erzwingung der Vorlegung des Inventars sind zulässig. Nußbaum, Freiwillige Gerichtsbarkeit 99.

Zur Erfüllung seiner Verpflichtung, das Vermögensverzeichniß einzureichen, kann der Gewalthaber in Preußen gemäß Art. 15 des FrGG. durch Ordnungsstrafen angehalten werden, da es sich hierbei um eine Handlung handelt, die ausschließlich von seinem Willen abhängt (vgl. RG. 8 336). Boschan 89 und CBlFrG. **2** 160, Maercker (17) 491.

d) Kein Offenbarungseid: Staudinger, N. 3 zu § 1640, Maercker (17) 490.

5. a) Die Befreiung des Vaters von der in den §§ 1640 ff. BGB. angeordneten Beaufsichtigung durch Bestimmung eines Testators, der dem Kinde eine Zuwendung macht, ist nicht zulässig. KGJ. **24** A 8, OLG. Darmstadt, HessRspr. **01** 116, CBlFrG. **2** 562, OLG. **4** 113, KGJ. **23** D 8, R. **02** 16; s. Opet 245, Böhm 25.

b) Habicht, Gruchots Beitr. **42** 436, spricht sich für fortdauernde Wirksamkeit solcher Befreiungen aus, die vor 1. 1. 00 damals rechtsgültig getroffen und in Kraft getreten sind, also betreffs vor 1. 1. 00 angefallenen Vermögens s. a. Habicht Einwirkungen (3) 625[4]; a. A. Niedner (2) N. 2 a. E. u. Planck N. 3c zu Art. 203.

6. Die Kosten der Inventarisirung trägt nach Opet 247, Staudinger, N. 8, Kuhlenbeck, N. 2 zu § 1640, das Kind, nach Planck, N. 4 zu § 1640, der Vater.

7. Eine Uebertragung der Vorschrift des § 1640 auf den Fall der Geisteskrankheit der Mutter oder der Trennung der Ehe ist ausgeschlossen. Knitschky 187, 258.

§ 1641 (s. a. o. § 534 u. u. § 1804). „Sittliche Pflicht" liegt da vor, wo nach der Ansicht der urtheilsfähigen Volksgenossen die Schenkung als geboten, die Unterlassung als unrecht empfunden wird (z. B. Zuwendung an den Lebensretter). Die Anstandspflicht richtet sich nach dem betreffenden Gesellschaftskreise (z. B. Hochzeitsgeschenke). Opet 236 u. 237.

Die Anstandsverpflichtung muß für das Kind bzw. den Verwalter des Vermögens als solchen, nicht für die Person des Vaters oder Vormundes bestehen. Dabei sind nach Möglichkeit die Erträgnisse des Vermögens heranzuziehen, ohne den Vermögensstamm selbst anzugreifen. Süßheim, JW. **01** 745.

Knitschky 185 rechnet kleine Geschenke im Namen des Kindes an Angehörige zu dem Lebensbedarfe, daher der Vater kraft der Unterhaltspflicht verpflichtet ist, sie zu bestreiten; Hochzeitsgeschenke eventuell aus dem Kapitale des Kindesvermögens.

Das Schenkungsverbot bezieht sich auf alle Arten einer Geschäftsführung. Isay, Geschäftsf. 123.

Eine nach § 1641 Satz 2 zulässige Schenkung kann der Vater nach seinem Ermessen aus dem freien oder unfreien Vermögen machen. Staudinger, Note 2 zu § 1641.

§ 1642 (s. a. § 1807). 1. Die Anlegung muß auf den Namen des Kindes erfolgen (vgl. § 1377 Abs. 2). v. Tuhr, DJZ. **01** 474; OLG. **1** 355 f. (KG.).

Anlegung und Erhebung bewirkt der Vater selbständig, ohne an gerichtliche Mitwirkung gebunden zu sein. Schultheis 244.

2. Die Wittwe muß bis zur Auseinandersetzung mit den Kindern und Miterben das gesammte Baarvermögen des Nachlasses nach § 1642 anlegen. Im Unterlassungsfalle kann ihr das Gericht die Hinterlegung aufgeben, eventuell die Vermögensverwaltung entziehen, auch wenn die Pflichtverletzung keine wissentliche, sondern nur eine nach § 1664 schuldhafte war (§§ 1667 Abs. 1, 1670). KGJ. **23** A 180 ff., OLG. **4** 359.

3. a) Den Nachweis der mündelsicheren Anlage kann das Vormundschaftsgericht vom Vater nur fordern, wenn begründeter Verdacht vorliegt, daß die Anlage schuldhafter Weise unterblieben ist. Weißweiler a. a. O. 159; derselbe, Ausübung der elterlichen Gewalt u. s. w. 41.

b) Die Nichtanlage hat der Gemeindewaisenrath dem Vormundschaftsgerichte zu melden, wenn sie zu seiner Kenntniß kommt. Weißweiler, Leitfaden für Gemeindewaisenräthe 57 ff.

4. Eine vor dem 1. 1. 00 nach § 60 Pr. VO. der Mutter-Vormünderin gegenüber erfolgte Außerkurssetzung eines Sparkassenbuchs kann der elterlichen Gewalthaberin gegenüber nicht aufrecht erhalten werden. LG. Elberfeld, R. **00** 373.

5. Die Ausgaben im Sinne des Abs. 1 a. E. brauchen nicht nothwendig laufende zu sein. Opet 204[105]; Böhm 97.

6. Abs. 2. „Gestatten" bedeutet nur eine Aufsichtsmaßregel des Vormundschaftsgerichts gegenüber dem Gewalthaber, im Gegensatze zu der „Genehmigung" nach § 1643 als einem gerichtlichen Verwaltungsakte mit Reflexwirkungen gegen Dritte. Fohr, A.civPr. **92** 393.

7. Aus § 1642 folgt, daß eine Anlegung des Geldes in Grundstücken, wenn auch zur Wirksamkeit des auf den entgeltlichen Grundstückserwerb gerichteten Vertrags obervormundschaftliche Genehmigung nach § 1643 nicht vorgeschrieben, doch ohne gerichtliche Gestattung nicht erlaubt ist. Fohr, A.civPr. **92** 381, 394, 415, 422; Scherer, Familienr. 335 Nr. 577 und 432 Nr. 742. Schultetus 69; Kuby 19. S. jedoch Fuchs 169; Hesse 75; Mot. IV 1110.

8. § 1642 ist nur eine Ordnungsvorschrift; ihre Verletzung begründet nicht Rechtsunwirksamkeit der Anlage, erzeugt aber einen Anspruch des Kindes auf Rückgängigmachung derselben oder auf Vorlage des Gestattungsdekrets des Gerichts, während ein etwaiger Schadensersatzanspruch sich nach § 1664 bemißt. Fohr, A.civPr. **92** 385, 389, 391 (vgl. Guttmann, Buschs Z. **29** 426); Fuchs 172[5]; Scherer, Familienr. 434 Nr. 746; Staudinger, Note 4 zu § 1642; Knitschky 171; s. Schultzenstein-Köhne, Note 4 zu § 1807; Schröder-Mugdan 281; Maercker (17) 557.

§ 1643 (s. a. §§ 1821 ff.). 1. a) Die Genehmigung zu einer Verfügung (§ 1821 Ziff. 1) kann das Gericht von der Sicherstellung des Erlöses abhängig machen. Mot. IV 778. Schultheis 240[2]. RG. JW. **00** 161 (gem. R.).

b) Zur Veräußerung von Nachlaßgrundstücken bedarf der Vorerbe der Einwilligung des Nacherben, und dessen Gewalthaber zur dieser Einwilligung obervormundschaftlicher Genehmigung. LG. Karlsruhe, CBlFrG. **2** 197.

c) Enthält ein Erbtheilungsvertrag zugleich die Uebertragung eines Grundstücks, so bedarf er aus diesem Grunde auch bei Abschluß durch den elterlichen Gewalthaber der Genehmigung des Gerichts. KGJ. **20** A 237; R. **00** 538; Seuff. A. **56** 87; OLG. **1** 474; CBlFrG. **1** 561; s. a. Fohr, A.civPr. **92** 381, 411; Staudinger, Note V[2] zu § 1643; OLG. Colmar, OLG. **5** 402, CBl.

FrG. 2 844; Josef, Komm. z. R.- u Pr. FrGG., Note 608 zu § 86; Scherer, Familienr. 339; Kuby 16; Fraenkel 147 3.

d) Nicht genehmigungsbedürftig ist die Einwilligung des Gewalthabers in die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen vorbeschiedenen Erbtheils des Kindes, d. h. einer ihm von dem Gutsübernehmer zu zahlenden Herausgift, die in dem Anschlagsvertrage dem Kinde zur Anrechnung auf das künftige Elternerbe überwiesen ist, da ein Fall der §§ 1822 Ziff. 1, 1643 nicht vorliegt. LG. Thorn, CBlFrG. 2 731.

2. a) Bedarf der Gewalthaber der obervormundschaftlichen Genehmigung zu einem Vertrage, durch den er für das Kind ein Grundstück erwirbt, auch die Bestellung einer Kaufgelderhypothek an dem zu erwerbenden Grundstücke verspricht, sowie zu der Hypothekbewilligung selbst? Bejaht vom BayrObLG., OLG 2 363; LG. München I, R. 01 233; Fohr, A.civPr. 92 409 a. E. Verneint vom LG. Tilsit, CBlFrG. 2 271, im Anschluß an die frühere preußische Praxis (ObTrib. 58 302 ff.), welche nur nachtheilige Substanzverminderungen schon vorhandener Vermögensstücke für genehmigungsbedürftig hielt.[1]) S. a. CBlFrG. 1 983 u. 3 55.

b) Auch der Inhaber der elterlichen Gewalt muß beim Erwerbe von Grundstücken durch lästigen Vertrag für die Gewaltunterworfenen dem Grundbuchbeamten den vormundschaftgerichtlichen Nachweis erbringen, ob im einzelnen Falle (z. B. wenn das Erwerbsgeschäft mit einem genehmigungsbedürftigen Geschäfte synallagmatisch verbunden ist) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist oder nicht. Fohr, A.civPr. 92 406 ff., 415.

c) Die Entgegennahme der Auflassung eines Grundstücks, das der Gewalthaber für das Kind gekauft hat, ist kein nach §§ 1821 Ziff. 2, 1643 genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft; die Selbständigkeit beim Abschlusse des Kaufgeschäfts (§ 1821 Ziff. 4 ist nicht anwendbar) hat die Selbständigkeit bei dem Erfüllungsgeschäfte zur nothwendigen Folge. KGJ. 24 A 103, CBlFrG. 3 53, R. 02 320, OLG. 5 183, s. Knitschky 174.

3. Der Vater kann keine gewagten Geschäfte (z. B. Börsengeschäfte) ohne gerichtliche Genehmigung schließen; dies folgt aus § 1643 Abs. 1, verbunden mit §§ 1822 Ziff 8, 1642, 1653. Scherer, Familienr. 335.

4. a) Die von dem Vater mit gerichtlicher Genehmigung ertheilte Prokura enthält eine umfassendere Ermächtigung als die von dem Vormund ausgehende, z. B. zum Vergleichsabschluß ohne die Beschränkung des § 1822 Ziff. 12. Schultheis 241 5a.

b) Da der Gewalthaber nicht in solchem Umfange der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf, wie ein Vormund, so kann ein vom Gewalthaber zum selbständigen Betrieb eines Geschäftes ermächtigter Minderjähriger in weiterem Umfang Geschäfte selbständig vornehmen als ein von dem Vormund ermächtigter. Dieser Unterschied gilt auch für Ermächtigungen aus der Zeit vor 1900; gleichviel, ob der elterliche Gewalthaber, der sie erteilt hat noch lebt oder inzwischen ein Vormund an seine Stelle getreten ist. Habicht (3) 50.

5. a) Zu einem Schiedsvertrage bedarf der Vater dann der Genehmigung, wenn derselbe eine auch sonst genehmigungsbedürftige Verfügung oder Rechtshandlung enthält. OLG. Colmar, R. 02 613.

---

[1]) Im entsprechenden Falle des Erwerbes und der gleichzeitigen Belastung eines in das Gesammtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft fallenden Grundstücks halten die Genehmigung der Frau für erforderlich: BayrObLG., OLG. 2 361, DJZ. 01 336, R. 02 44, Z. f. Not. in Bayern 00 101, OLG. 1 483 (Colmar), CBlFrG. 2 154 u. 155; für nicht erforderlich: KGJ. 21 A 366, R. 01 359, CBlFrG. 2 63, Z. f. Not. in Bayern 01 216 u. OLG. 2 359, LG. Metz, CBlFrG. 2 118; Lenel, DJZ. 00 290 IV; Sonnenburg, Z. f. Not. in Bayern 01 182.

b) Durch § 1643, der den § 1822 Ziff. 12 nicht erwähnt, ist § 1714 nicht eingeschränkt; deshalb bedarf auch nach der Annahme an Kindesstatt ein Vergleich zwischen dem Kinde und seinem unehelichen Vater über den Unterhalt für die Zukunft der obervormundschaftlichen Genehmigung. Dronke, CBlFrG. 3 110.

c) Da im § 1643 der § 1822 Ziff. 12 nicht erwähnt ist, so fällt ein Vergleich, durch den das Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, nicht unter die im § 1643 angezogene Bestimmung des § 1822 Ziff. 3. Knitschky 175[2]; s. a. Staudinger, Note V[5] zu § 1643.

6. Die Anhörung des über 18 Jahre alten Kindes ist in keinem Falle geboten (daher auch kein selbständiges Beschwerderecht des Kindes in Vermögensangelegenheiten nach § 59 Abs. 1 Satz 2 FrGG.), aber zulässig, jedoch in der Regel nicht zu empfehlen, da sonst die väterliche Autorität Einbuße erleiden könnte. Schultheis 239.

7. Abs. 2. Ist der Vater Erbe und der in Folge seiner Ausschlagung eintretende Ersatzerbe mit einem Vermächtnisse für das Kind belastet, so ist die Ausschlagung des Vermächtnisses genehmigungsbedürftig (beide Erwerbe nicht gleichartig). Knitschky 179.

8. Gläßing, Liegenschaftsveräußerung kraft Testaments und Vormundschaftsgericht nach altem und neuem Rechte, HessRspr. 1 38 ff. bestreitet die Wirksamkeit einer altrechtlichen Testamentsbestimmung, welche die Veräußerung der auf die minderjährigen Kinder vererbten Grundstücke in das freie, uneingeschränkte Ermessen des überlebenden Ehegatten gestellt hatte; dadurch würde nach dem öffentlich-rechtlichen Charakter des neuen Rechtes die Anwendung des § 1643 nicht gehindert. Derselbe erörtert ferner die Art der Sicherung der Kinder, wenn der betheiligte Ehegatte neben seiner Stellung als Inhaber der neuen elterlichen Gewalt zugleich den Nießbrauch kraft altrechtlichen ehelichen Güterrechts hat (46/47). S. a. HessRspr. 1 78 Anm. u. 102 a. E.; s. Gläßing, A.öffR. 01 161 ff. u. 425 ff.: Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechts.

§ 1645. 1. a) Die Vorschrift, daß der Vater die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen solle, ist nur eine Ordnungsvorschrift, welche zwar unter Umständen eine Verantwortlichkeit des Vaters und ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts begründen kann, aber die Wirksamkeit der im Betrieb abgeschlossenen Geschäfte nicht beeinträchtigt. S. Planck N. 3 zu § 1823, Staudinger N. 4 zu § 1645, Schultheis 106[3] und CBlFrG. 3 261, Opet 235, Böhm 29, Knitschky 184, Fraenkel 147. Das Registergericht kann die Eintragung der Firma wegen Mangels der obervormundschaftlichen Genehmigung des Geschäftsbeginns nicht ablehnen, hat aber dem Vormundschaftsgerichte Nachricht zu geben. KGJ. 20 A 160, OLG. 1 286, CBlFrG. 1 337, R. 00 437.

b) Der Mangel der Genehmigung berührt nicht die Kaufmannsqualität des Kindes und hindert nicht seine Eintragung in das Handelsregister. Staub, Komm. z. HGB. (6. u. 7.) N. 11 zu § 1; ebenso Cosack, Handelsrecht § 12 N. 5.

c) Beginnt der Vater ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft, so macht dies die Geschäfte nicht ungültig. Eine Fortführung oder Aenderung des bestehenden Erwerbsgeschäfts des Kindes ist an eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht gebunden; jedoch kann ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts veranlaßt werden. Der Vater kann — im Gegensatze zum Vormunde § 1823 BGB. — auch ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts das übernommene Erwerbsgeschäft auflösen. In den Rechtsstreitigkeiten aus Anlaß des Geschäftsbetriebs ist der Minderjährige Partei. Frankenburger, Holdheims MSchr. 8 92ff.

2. Die Genehmigung ist auch nicht Voraussetzung der Nutznießung gemäß § 1655. Staudinger, N. 4 zu § 1656.

3. a) Fortführung des ererbten Geschäfts unter der Firma des Kindes ist nicht aus letzterem Grunde genehmigungsbedürftig. Knitschky 184.

b) Die als Vorerbin eingesetzte Wittwe bedarf zur Fortführung des ererbten Geschäfts weder der Einwilligung der als Nacherben eingesetzten Kinder noch der obervormundschaftlichen Genehmigung; das Gericht kann aber mit Rücksicht auf § 2128 einen Pfleger bestellen. OLG. **4** 456 (KG.).

4. Ueber Schadensersatzpflicht des Vaters Knitschky 185 [1].

5. Das Gericht muß bei Ertheilung der Genehmigung für Feststellung der Grundsätze über Berechnung des väterlichen Reingewinns, die im Gesetze fehlen (§ 1656), Sorge tragen. Staudinger, N. 5 zu 1645.

§ 1646. Der Vater hat zu beweisen, wenn er mit Mitteln des Kindes erworbene bewegliche Sachen nicht für Rechnung des Kindes erwerben wollte. Weißweiler, Handb. d. Vormundschaftsrechts 165. Opet 242 [113], Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1646 (die Provenienz der Mittel und den Erwerb aus Mitteln des Kindes hat dies zu beweisen).

Bei Erwerb mit Mitteln sowohl des Kindes als des Gewalthabers tritt Miteigenthum ein. Opet 242 [114] und zwar nach Verhältniß der verwendeten Mittel, Planck, N. 1 a zu § 1646.

Erwirbt das Kind nach Abs. 2 eine Forderung, so muß das Kind eine Leistung an den Vater bis zu dem Zeitpunkte gelten lassen, in dem der Schuldner den Uebergang der Forderung auf das Kind erfährt (407, 412). Opet 244.

Die Vorschrift unterscheidet sich von der des § 1381 dadurch, daß sie nicht auf Anschaffungen mit Mitteln des der Verwaltung des Vaters unterworfenen Kindesvermögens beschränkt ist, sondern schlechthin von „Mitteln des Kindes" spricht. Im Uebrigen vgl. zu § 1381. Das Verhältniß des § 1646 zum 1638 Abs. 2 ist dasselbe wie das des § 1381 zum § 1524 I. Vgl. zu § 1381.

Windmüller, Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei u. s. w. 65.

§ 1647. Abs. 1. Endigt die Vermögensverwaltung des Vaters, weil über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist, so greift, da nur ein Theil seiner elterlichen Gewalt beendigt ist, die elterliche Gewalt der Mutter nicht Platz, zur Ausübung der Vermögensverwaltung ist vielmehr dem Kinde ein Pfleger zu bestellen. Boschan 38.

Erwirbt der Vater die elterliche Gewalt erst nach der Beendigung des Konkurses, so ist der Konkurs auf seine Rechte ohne Einfluß. Planck, N. 4 zu § 1647; anders bei Erwerb der Gewalt, oder bei Vermögenserwerb des Kindes während des väterlichen Konkurses. Knitschky 222.

Eine vor 1. 1. 1900 erfolgte Konkurseröffnung hat, auch wenn sie nicht schon nach bisherigem Rechte den Verlust der Vermögensverwaltung zur Folge hatte, diese Wirkung für die Zukunft. Schultheis 319 [3]. **RG.** JW. **01** 491, DJZ. **01** 460 und R. **01** 494 spricht sich für die Anwendung des § 1647 und der Vorschriften des BGB. über die elterliche Nutznießung (§§ 1649 ff.) auch im altrechtlichen Konkursverfahren aus. S. a. OLG. Dresden, Seuff. A. **56** 339, Maercker (17) 498.

Ueber Aufhebung der Pflegschaft, die nach altem Rechte wegen Konkursverfahrens eingeleitet war, Scherer, JW. **00** 847.

Das Vorrecht der Kinder gemäß § 61 [5] KO. besteht auch dann im Konkurse des Vaters, wenn diesem die ihm gesetzlich zustehende Verwaltung auch noch freiwillig (durch letztwillige Verfügung) übertragen war. **RG.** Seuff. A. **55** 123.

§ 1648. Für die Kosten der Vertheidigung des Kindes in einem Strafverfahren kann der Vater im Falle der Verurtheilung Ersatz nicht nur, soweit die Kosten geboten waren, verlangen, sondern solange er nicht die diligentia quam suis verletzt hat. Opet 299[9].

Der Vater kann für die seinem Gewerb oder Beruf angehörenden Dienste kein Entgelt beanspruchen (arg. e contrario aus 1835). Opet 300, Maercker (17) 494.

§ 1648 gilt für die Mutter auch dann, wenn sie bei der ihr neben dem Vater oder Vormunde zustehenden Sorge für die Person (§§ 1634, 1698) Aufwendungen macht. Staudinger, N. 6 zu § 1648.

§ 1649. Die Beschränkung des § 1069 Abs. 2 gilt nicht für die Nutznießung. Staudinger, N. 1 zu § 1649.

Die Nutzungsrechte des Vaters bzw. der Mutter müssen auch im Falle der Güterpflege nach § 334 StPO. gewahrt werden. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 135.

Der Vater ist zur Umgestaltung und wesentlichen Aenderung von Sachen befugt, an denen er die Nutznießung hat. Knitschky 193.

§§ 1650, 1651. 1. a) Auch ein Grundstück (etwa ein Pavillon) kann ausschließlich dem persönlichen Gebrauche des Kindes dienen. Opet 259[11]; a. A. Planck, N. 1 zu § 1651 i. V. m. N. 3 Abs. 2 zu § 1362.

b) Bei Gegenständen, die von den Eltern gegeben werden, liegt vielfach überhaupt nicht die Absicht der dauernden Verwendung zum ausschließlichen Gebrauche des Kindes vor. Knitschky 232.

c) Ueber Pathengeschenke s. Staudinger, N. a zu §§ 1650, 1651, Knitschky 231, Fränkel 152.

2. a) Der Arbeitsverdienst im elterlichen Hause, sofern Entgelt trotz § 1617 gewährt wird, fällt nicht unter § 1651. Opet 260[19], Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1651; a. A. Scherer, N. zu § 1651.

Im Uebrigen rechnet Opet 259 das remuneratorische Geschenk zum freien Vermögen; ebenso Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1651. Nach Planck, N. 2 Abs. 2 ist dies Thatfrage. Fränkel 152 rechnet es nur im Falle einer bei der Zuwendung getroffenen Bestimmung zum freien Vermögen.

Ersatzansprüche wegen entgangenen Arbeitsverdienstes gehören zum Erwerbe durch Arbeit. Knitschky 232. Anders Ersatzansprüche wegen Arbeitsunfähigkeit in Folge von Verletzungen. Knitschky 233. Arbeit im Rechtssinn ist nicht das rechtlich mißbilligte Thun. Opet 260, Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1651, Staudinger, N. 2 zu § 1367.

b) Auch die vor 1. 1. 00 erzielten Lohnersparnisse von Arbeitern, Dienstboten u. s. w. werden freies Vermögen nach § 1651[1]. Habicht, Gruchots Beitr **42** 433.

3. Der Gewinn aus einem Erwerbsgeschäfte, welches das Kind selbständig, aber ohne Ermächtigung des Vaters oder Genehmigung des Vormundschaftsgerichts betreibt, wird unfreies Vermögen, gehört nicht etwa selbst dem Vater auf Grund der Nutznießung. Planck, N. 2 Abs. 3 zu § 1651. Opet 261 und Knitschky 233, welcher unterscheidet zwischen den als Lohn der Arbeit und als Kapitalnutzung sich darstellenden Theilen des Gewinns.

4. Ueber weitere Fälle des freien Kindesvermögens und Anwendung des Surrogationsprinzips auf diese s. Opet 262, Planck, N. 2 zu §§ 1650, 1651.

5. Einen Anspruch auf Gewährung von Taschengeld aus dem freien Verdienste hat das Kind nicht; unter Umständen kann aber Verweigerung des Taschengeldes ein Einschreiten aus § 1666 rechtfertigen. Pritzl, Z. f. Not. in Bayern **01** 56, Staudinger, N. 6 zu §§ 1650, 1651.

6. Die Beweislast trifft den, der ein Vermögensstück als freies Kindesvermögen anspricht. Opet 262.

7. Abs. 1 Nr. 2. Die Bestimmung, daß das dem Kinde zugewendete Vermögen der Nutznießung entzogen sein soll, muß positiv getroffen sein; daher rechtfertigen vor dem 1. Januar 1900 getroffene Anordnungen den Ausschluß der Nutzungen nicht, wenn sie mit Rücksicht auf die damalige Gesetzgebung Bestimmungen über die Nutzungen zu treffen unterlassen haben. **RG.** JW. **00** 870.

Eine Ausschließung von der Nutznießung liegt auch in der Bestimmung über die Verwendung der Nutzungen. Planck N. 5 zu Art. 205, **Habicht** (3) 638. Es muß jedenfalls der Ausschluß irgendwie positiv zum Ausdruck kommen. Riedner (2) N. 4 zu Art. 205.

§ 1652. Gehört zum Kindesvermögen ein Grundstück sammt Inventar, so bestimmt sich die Verpflichtung des Vaters, für den gewöhnlichen Abgang an Inventarstücken Ersatz zu beschaffen, nicht nach § 1652 i. V. m. § 1048, sondern besteht nur mit der sich aus § 1653 ergebenden Beschränkung. Knitschky 198.

Eine Sicherheitsleistung nach § 1039 Abs. 1 Satz 2 kann von dem Vater nicht verlangt werden. Knitschky 197[1], Planck, N. 1 zu § 1652.

§ 1653. 1. a) Bei der Zwangsvollstreckung gegen den ein selbständiges Erwerbsgeschäft mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters betreibenden Minderjährigen können seine Gläubiger ohne Rücksicht auf die elterliche Nutznießung Befriedigung aus dem Vermögen des Kindes verlangen. Hat der Vater des Minderjährigen verbrauchbare, zum freien Vermögen des letzteren gehörige Sachen veräußert oder verbraucht, so können die Gläubiger von ihm den Werth der Sachen und zwar sofort verlangen. Frankenburger, Holdheims MSchr. **8** 94.

b) Das freie Kindesvermögen darf der Vater nicht für sich verwenden, auch nicht mit Genehmigung des Gerichts. Schultheis 245[19].

2. a) Die Genehmigung kann zwar von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, es ist dies aber nicht etwa als Regel anzusehen. Schultheis 245[17].

b) Die Genehmigung kann generell ertheilt werden. Staudinger, N. 2 zu § 1653.

c) Die Genehmigungsertheilung ist Zweckmäßigkeitsfrage; sie kann geboten sein, wenn mit dem Interesse des Vaters zugleich das wirkliche Interesse des Kindes dadurch gefördert wird. **RG.** RheinAV. **01** 125.

3. Der zu ersetzende Werth bemißt sich nach der Zeit des Verbrauchs. Opet 266[38], Staudinger, N. 3 zu § 1653.

§ 1654. Bei Vertretung oder Vertheidigung eines Hauskindes haftet dem Anwalt für seinen Vergütungsanspruch der Inhaber der elterlichen Gewalt neben dem Hauskind als Gesammtschulder. Walter-Joachim, RAGbO. 33.

Die Einkommensteuer für das Kind trägt der Vater, auch soweit sie durch das freie Vermögen erhöht ist. Knitschky 203.

Die Zahlung der Prämien für Versicherung des Kindesvermögens liegt dem Vater nach § 1654 ob; damit ist aber nicht eine Pflicht zur Versicherung in allen Fällen auferlegt. Knitschky 169, 203[1]. Staudinger N. I[5] zu § 1654, welcher auf § 1664 verweist.

Die Unterhaltspflicht, die aus dem Besitze freien und unfreien Kindesvermögens entstanden ist, ruht verhältnißmäßig auf beiden Massen. Knitschky 205. Staudinger, N. 2 b β zu § 1660.

Die Ersatzpflicht des Kindes nach § 1654 a. E. tritt auch dann im Falle seiner Freisprechung nicht ein, wenn der Vater den Beweis der Schuld des Kindes erbringt; ebensowenig wird umgekehrt das verurtheilte Kind zum Beweise der Unschuld zugelassen. Knitschky 206.

§ 1655. S. § 1645.

Der Vater kann auch die Waaren, die zum Geschäftsvermögen der Kinder gehören, auf Grund des § 1653 übernehmen und mit ihnen das Geschäft unter eigenem Namen betreiben. Hierzu bedarf er keiner obervormundschaftlichen Genehmigung. Neben einander können die Befugnisse aus §§ 1653 und 1655 nicht geltend gemacht werden. Knitschky 200.

Einmal bezogenen Gewinn braucht der Vater nicht herauszuzahlen, wenn später Verluste eintreten. Kuhlenbeck, N. 2 zu § 1655, Opet 265[35], Planck, N. 2 zu § 1655, der dies noch für den Fall besonders hervorhebt, daß der Gewinn im Geschäfte stehen gelassen ist.

§ 1656. Zu § 1656 vgl. **RG.** DJZ. **01** 142, JW. **00** 870.

Ein Fall des § 1656 wird nicht durch die thatsächliche Verhinderung des Vaters begründet (§ 1685). Knitschky 247; a. A. Staudinger N. 1f zu § 1656.

Auch im Falle des § 1656 erwirbt der Vater die ihm zustehenden Nutzungen nach Art und Umfang eines Nießbrauchers. Opet 269, Knitschky 223[1]; a. A. Fraenkel 153 (nicht Eigenthum an den Früchten, nur dinglicher Anspruch auf den Reingewinn).

Der Verwalter des Kindesvermögens darf Rechtsgeschäfte, z. B. für nothwendige Ausbesserungen, nicht im Namen des Vaters vornehmen; das Kind ist daher auf einen Ersatzanspruch gegen diesen beschränkt (Zurückhaltung der entsprechenden Beträge). Knitschky 223.

Das Kind ist dem Vater rechenschaftspflichtig. Planck N. 2 a. E. zu § 1656, Knitschky 224.

Abs. 2. Die Vorwegnahme der Unterhaltkosten muß nicht erfolgen; es entscheidet darüber das Gericht (Anordnung nach § 1666). Knitschky 224.

§ 1658. Die bereits vor 1. 1. 00 erfolgte und damals erlaubte Uebertragung der Nutznießung wird von 1. 1. 00 ab unwirksam (Art. 203 EG.). LG. Mainz, HessRspr. **1** 84; Planck N. 3c zu Art. 203; Niedner (2) N. 2 zu Art. 203; ebenso eine Zwangsvollstreckung in das Nutznießungsrecht z. B. Pfändung der seit 1. 1. 00 fällig gewordenen Miethszinsen. Habicht (3) 630.

Die Uebertragung der Verwaltung und der Ausübung des Nießbrauchs an einen Dritten mit der Gestattung, die gewonnenen Früchte zu behalten, ist als Gesetzesumgehung nicht statthaft. Knitschky 213.

§ 1659. Die Früchte des Kindesvermögens gehen mit der Trennung in das Eigenthum des Vaters über und werden dadurch dem Zugriffe der Gläubiger des Kindes entzogen. Knitschky 210, Scherer, N. zu § 1659, Kuhlenbeck, N. 2 zu § 1659.

Dies gilt auch im Falle des § 1656. Planck, N. 2 zu § 1656, Knitschky 223[1]; a. A. Fränkel 153.

Es genügt ein Urtheil gegen das Kind, selbst wenn dies durch einen Pfleger vertreten ist, auch zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen, das in Händen des nutznießenden Vaters ist; der Vater hat auch das unfreie Kindesvermögen als Vertreter des Kindes, nicht als Dritter im Sinne des § 809 CPO. kraft eigenen Rechtes in Händen. Planck, DJZ. **00** 80 u. 246; im Ergebniß ebenso Falkmann, DJZ. **00** 178[2], der aber den Vater als Dritten ansieht.

Die Ersatzpflicht nach Abs. 2 tritt nicht ein, wenn noch andere zur Schuldtilgung geeignete Gegenstände vorhanden sind; dies darzulegen und nachzuweisen, liegt aber dem Vater, nicht dem Gläubiger ob. Knitschky 209, 210.

Auf die Ersatzpflicht wegen übermäßigen Fruchtziehens (§§ 1652, 1039 Abs. 1 S. 2) ist § 1659 Abs. 2 auch anzuwenden. Staudinger, N. 2 zu § 1659, Planck, N. 2 zu § 1659.

§ 1661. Identität des Einwilligenden und Nutzungsberechtigten ist nicht erforderlich. Staudinger, N. 2 zu § 1661.

Heirathet das Kind ohne Einwilligung des Vaters, so verbleibt die Nutznießung bei späterem Uebergange der Gewalt auf die Mutter auch dieser. Fränkel 154.

Der väterliche Nutzgenuß vom Kindesvermögen endigt, wenn der Vater die mangelnde elterliche Einwilligung nachträglich ertheilt. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 62. A. A. Opet 169[33] unter Hinweis darauf, daß § 184 nicht zutrifft. Nach Planck, N. 1 u. Staudinger, N. 2 zu § 1661 ist es Auslegungsfrage.

Durch Auflösung der Ehe während Fortbestehens der elterlichen Gewalt lebt die Nutznießung nicht wieder auf. Opet 274.

Ist eine Tochter vor 1. 1. 00 durch Heirath nach bisherigem Rechte aus der elterlichen Gewalt ausgeschieden, so lebt zwar die elterliche Gewalt im Allgemeinen wieder auf, nicht aber die Nutznießung. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 419, Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 41.

§ 1662. 1. a) Der Inhaber der elterlichen Gewalt kann, abgesehen von der Nutznießung, auf die elterliche Gewalt weder total noch in einzelnen Beziehungen einseitig verzichten, da die elterliche Gewalt nicht nur Recht, sondern auch Pflicht ist. Ackermann, Vorm. Schutz d. Haussohns (Diss. 1899) 74, 75.

b) Ein Verzicht auf die elterliche Gewalt im Ganzen ist unzulässig. OLG. Hamburg, R. **00** 283.

c) Ist vor 1. 1. 00 auf die Vermögensverwaltung vom Vater verzichtet und deshalb Spezialkuratel eingeleitet, so ist der Verzicht unwirksam geworden, Kuratel aufzuheben. Scherer, JW. **00** 846.

2. Der Verzicht auf die Nutznießung an einem Theile des Vermögens und einzelnen Bestandtheilen ist zulässig; diese werden freies Vermögen. Staudinger, N. 2 zu § 1662; a. M. Planck, N. 1 zu 1662 mit Rücksicht auf § 1654.

3. Bei Verzicht des Vaters auf das Nutznießungsrecht tritt auch nach seinem Tode nicht die Nutznießung der Mutter ein (wenn nicht das Gegentheil bestimmt ist). Habicht, Gruchots Beitr. **42** 428; a. M. Planck, N. 4 zu § 1662.

§ 1663. Diese Vorschrift gilt nicht für den Fall, wo nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt und damit die Nutznießung auf die Mutter übergeht. Die vom Vater getroffenen Verwaltungsmaßregeln binden auch die Mutter. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 428; a. M. Planck, N. 2 zu § 1663.

Abs 2. Dem Pachtjahre des § 592 entspricht das Nutzungsjahr (nicht das Wirthschaftsjahr). Knitschky 195.

Geht die Nutznießung auf die Mutter über, so ist diese, nicht das Kind, ersatzpflichtig. Planck, N. 4 u. Staudinger, N. 2a zu § 1663.

§ 1664. Auch Vernachlässigung der Personensorge kann den Vater haftbar machen. Opet 297[2].

Zur Begründung des Ersatzanspruchs genügt der Nachweis des Schadens in Folge der väterlichen Handlung oder Unterlassung; dem Vater liegt dagegen der Nachweis ob, daß sein Verhalten weder grobfahrlässig war, noch der diligentia in concreto entbehrt. Opet a. a. O., s. Staudinger, N. 1 u. 3 zu § 1664 u. Planck, N. 1 zu § 1891. Versäumt der Vater das nach der Regel ordentlicher Geschäftsführung Gebotene, so muß er beweisen, daß er in eigenen Sachen nachlässiger ist; über jenes Maß hinaus haftet er nie. Knitschky 170.

Die Nichtbeachtung einer Ordnungsvorschrift begründet nicht ohne Weiteres die Haftung. Opet 298.

§ 1665. S. § 1846.

§ 1666. I. 1. Den Schutz der Minderjährigen gegen Mißhandlungen ihrer Erzieher behandelt Habel, R. **02** 59ff.

2. a) Ein Mißbrauch im Sinne des §§ 1666, (1707, 1631) kann in dem Verlangen der Mutter liegen, das Kind in eigene Pflege zu bekommen, wiewohl

sie außer Stande ist, dem Kinde die nöthige Pflege angedeihen zu lassen, BayrObLG, DJZ. 01 31, R. 01 99, OLG. 2 89, oder wiewohl das Kind dadurch in die häusliche Gemeinschaft und den verderblichen Einfluß des übelbeleumundeten Ehemanns der Mutter kommen wird. OLG. Dresden, CBlFrG. 1 144; ebenso OLG. Hamburg, R. 00 N. 9, 195. OLG. Stuttgart, DJZ. 00 400 erblickt einen solchen Mißbrauch darin, daß der Vater das erst wenige Monate alte Kind der (von ihm getrennt lebenden) Mutter, der natürlichen Ernährerin und Pflegerin eines solchen pflegebedürftigen Geschöpfs, ohne zwingenden Grund vorenthält; s. a. OLG. 5 187 (KG.). Mißbrauch des Züchtigungsrechts. OLG. 4 410 (KG.). Verweigerung von Taschengeld als Mißbrauch: Pritzl, Z. f. Not. in Bayern 01 56.

b) Einmaliger Mißbrauch genügt nur, wenn er auf Wiederholungen schließen läßt oder seine Wirkungen in die Zukunft erstreckt. Schultheis 259, s. a. Opet 205, Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1666.

c) Der Mißbrauch braucht nicht schwer zu sein. Böhner, R. 02 253, Staudinger, N. 2a zu § 1666.

3. a) Ueber den Begriff der Vernachlässigung verbreitet sich OLG. Hamburg, CBlFrG. 3 118: Verschiedene Beurtheilung je nach dem Bildungs- und Vermögensstande der Eltern, nach den häuslichen Verhältnissen, nach dem Alter des Kindes, Voraussetzung aber immer auch Verschulden des Vaters, für welches die in den Verkehrskreisen des Vaters als erforderlich anzunehmende Sorgfalt einen Maßstab bietet.

b) Der Vater vernachlässigt das Kind, wenn er durch seinen Lebenswandel ein schlechtes Beispiel giebt und erzieherische Einwirkung nicht nur unterläßt, sondern geradezu erschwert. OLG. 1 484 (KG.).

c) Opet 202[78] erblickt darin, daß Unterhalt und Unterricht nur nothdürftig, aber nicht standesgemäß sind, keine Vernachlässigung der Personensorge, sondern Verletzung der Alimentationspflicht; daher keine Maßregel aus § 1666, sondern nur Pflegerbestellung zur Klage auf standesmäßige Alimentation; s. a. Scherer, Familienrecht 329. Nach OLG. 1 450 (KG.) kann eine Vernachlässigung im Sinne des § 1666 dann vorliegen, wenn der Vater dem Kind grundlos die Mittel zur Vorbereitung eines Berufs versagt, welcher mit Rücksicht auf die soziale Stellung der Familie, den Beruf und die Vermögenslage des Vaters, die Neigung und Beanlagung des Kindes angemessen erscheint: s. a. Knitschky 151 (Mißbrauch durch unangemessene Berufswahl).

d) Auch die Vernachlässigung setzt Verschulden voraus. Schultheis a. a. O. 260, Winter, CBlFrG. 3 230, 234, Noelle (2) 38, Knitschky 216, Bendix, Privatrecht 717, Boehm 21, OLG. 3 2 und 4 273 (KG.); a. A. Opet 203 oben.

Wer durch Freiheitsstrafe an der Erziehung gehindert ist, verschuldet diese Verhinderung, KG. CBlFrG. 1 324, R. 00 436, OLG. 1 285.

4. a) Ueber ehrloses und unsittliches Verhalten s. Knitschky 215[4], Opet 203 und 204, sowie OLG. 3 42 (KG.) (Aufnahme einer Konkubine in den Hausstand).

b) Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ist nicht gleichbedeutend mit ehrlosem Verhalten. Staudinger, N. 2c zu § 1666, Knitschky 215[4], Schmitz (3) 71, Fränkel 133[5].

c) Ehrloses Verhalten des Vaters schlechthin berechtigt nicht zur Anwendung des § 1666; es muß dadurch eine das Wohl des Kindes benachtheiligende Wirkung kausal bedingt sein. Süßheim, Grünhuts Z. 29 500.

d) Ehrlosigkeit, welche in bestimmten Standesauffassungen begründet ist, gehört nicht hierher. Schmitz (3) 71, Aschrott 97.

e) Es können auch Thatsachen berücksichtigt werden, die vor der Ausübung der Gewalt des betreffenden Elterntheils liegen. OLG. 4 411 (KG.). Auch ein in naher Vergangenheit vor Erlangung der elterlichen Gewalt liegendes unsittliches Verhalten des Vaters rechtfertigt Maßregeln nach § 1666 Abs. 1, wenn die Art des Verhaltens auf eine Neigung zu solchem Gebahren schließen läßt, die gelegentlich wieder hervortritt. Die Möglichkeit, daß in späterer Zeit eine Gefährdung eintritt, genügt nicht, um jetzt schon das Kind den Eltern zu entziehen. Die Gefahr eines verderblichen Einflusses auf ein zweijähriges Kind bedarf deshalb einer näheren Begründung. BayrObLG., R. 02 557.

II. 1. a) Der Vormundschaftsrichter hat zu bestimmen, in welcher Weise die von ihm aus § 1666 angeordnete Zwangserziehung erfolgen soll. Verweigert der Vater die Herausgabe des Kindes, so kann nach Erlaß einer besonderen Verfügung Gewalt angewendet werden. Zur Erstattung der Kosten der Zwangserziehung kann dem Vater die Vermögensverwaltung und die Nutznießung entzogen werden. Weißweiler, Handbuch 153; Ausübung der elterlichen Gewalt 29.

b) Es ist Amtspflicht des Vormundschaftsrichters, sich um die Erziehung der Kinder in seinem Bezirke zu kümmern und, wo es nöthig ist, einzuschreiten. Die Kosten einer Zwangserziehung hat zunächst der Vater, nöthigenfalls die Gemeinde zu tragen. Enneccerus-Lehmann 373.

c) Mendel, DJZ. 97 12ff. empfiehlt, insbesondere Kinder verbrecherischer oder alkoholischer Eltern aus ihren Familien auf Grund des § 1666 zu entfernen.

d) Durch die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach dem preuß. Gesetze vom 2. Juli 1900 wird an sich die Rechtsstellung des elterlichen Gewalthabers oder des Vormundes nicht geändert. Eine Ausnahme tritt nur insofern ein, als durch die Aufnahme eines Mündels in eine unter der Verwaltung des Staates oder einer Gemeindebehörde stehende Anstalt oder durch die Uebertragung der Rechte und Pflichten eines Vormundes auf Beamte der Gemeindeverwaltung das Amt des bisherigen Vormundes endigt (Art. 78 § 2 Abs. 2, § 4 Abs. 2 des AG. z. BGB.). Dagegen wird durch die Aufnahme eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes in eine derartige Anstalt die Ausübung der elterlichen Gewalt — abgesehen von den öffentlich-rechtlich eintretenden Beschränkungen, z. B. der Aufenthaltsbestimmung — nicht ohne Weiteres, sondern nur dann beschränkt, wenn das Vormundschaftsgericht dem Gewalthaber die Sorge für Person oder Vermögen oder die Vertretungsbefugniß entzieht (§§ 1666—1667); und nur, wenn die Eltern weder betreffs der Person noch des Vermögens zur Vertretung berechtigt sind (§ 1773), tritt die gesetzliche Vormundschaft nach Art. 78 AG. z. BGB. ein. Nur unter dieser Voraussetzung kann daher auch der im § 12 des FürsErzG. genannte Vorstand einer unter staatlicher Aufsicht stehenden Erziehungsanstalt oder der von dem verpflichteten Kommunalverbande bestellte Aufsichtsbeamte zum Vormund eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes bestellt werden. Das Vormundschaftsgericht wird sich daher bei oder nach Anordnung der Fürsorgeerziehung regelmäßig darüber schlüssig machen, ob und wie weit es zugleich gemäß §§ 1666, 1667 durch besondere Anordnungen in die Ausübung der elterlichen Gewalt eingreifen will. Ordnet der Kommunalverband gemäß § 10 Abs. 2 des FürsErzG. die Erziehung in der eigenen Familie des Zöglinges an, so wird regelmäßig kein Grund vorliegen, den Gewalthaber in der Sorge für sein Kind zu beschränken. Boschan 336, vgl. auch u. zu Art. 135.

e) Ruht die Gewalt des Vaters wegen dessen länger dauernder Landesabwesenheit und hat auch die Mutter ihre Pflichten gegen das Kind durch heimliche Zurücklassung desselben in hilfloser Lage im Auslande grob verletzt, so

hat das Vormundschaftsgericht zu entscheiden, ob und welche Fürsorgemaßregeln zu treffen sind oder unterbleiben können, weil schon in anderer und zweckmäßiger Weise Fürsorge besteht. Zuständig ist das Gericht am inländischen Wohnsitze des Kindes in dem Zeitpunkt, in dem ein Vormundschaftsgericht mit der Angelegenheit befaßt wurde oder befaßt werden konnte. BayrOLG. **02** 126.

f) Unsittliches Verhalten des Vaters mit zukünftiger Gefährdung zur Entziehung der Personensorge. OLG. Rostock, MecklZ. **20** 16.

g) Auch das vor 1. 1. 00 bethätigte Verhalten des Gewalthabers ist zu berücksichtigen. KG. CBlFrG. **1** 54.

2. a) Dem Vater kann die Sorge für die Person des Kindes nur entzogen werden, wenn die Voraussetzungen nach § 1666 vorliegen; dies gilt auch für zeitweilige Entziehungen, z. B. für die Dauer eines Scheidungsprozesses. OLG. **1** 327 Hamb.), Seuff. A. **56** 90 (Hamb.). Auch während eines Scheidungsprozesses kann der Vormundschaftsrichter über das Erziehungsrecht bestimmen. OLG. **4** 103 (Dresden); s. a. KG. CBlFrG. **1** 324, OLG. **1** 285, welches vorläufig Anordnungen für die Dauer eines Erziehungsstreits der Eltern zuläßt; dagegen OLG. **3** 426 (Stuttgart), R. **02** 45.

Das Vormundschaftsgericht wird durch das Schweben eines Scheidungsprozesses zwischen den Eltern und das Eingreifen des Scheidungsgerichts seiner durch § 1666 begründeten Amtspflicht nicht enthoben. Erler, Ehescheidungsrecht 156.

b) Leben Eltern während des Ehescheidungsprozesses getrennt von einander, so hat das Vormundschaftsgericht auch nach dem Rechte des BGB. über den Streit, welchem Elterntheile die Kindererziehung zustehen soll, und nach Anhörung eines Pflegers zu entscheiden. KGJ. **19** 58. Dagegen Maercker (17) 596.

Anders nur bei vorläufigen Anordnungen in dringenden Fällen. KGJ. **21 A** 192, CBlFrG. **1** 800, R. **01** 172, OLG. **2** 264, Sächs. A. **11** 252.

Nach OLG. **3** 298 (Rostock), MecklZ. **20** 16 darf das Vormundschaftsgericht überhaupt Maßregeln aus § 1666 nur nach Pflegerbestellung treffen; s. a. OLG. **3** 2 (KG.) und OLG. **4** 104 (Dresden); a. A. Schultzenstein-Köhne, N. 3 Abs. 5 zu § 1909, Maercker (17) 596.

c) Ist die Sorge für die Person des Kindes nach § 1666 BGB. geregelt, so kann das Prozeßgericht keine einstweilige Verfügung mehr über denselben Gegenstand erlassen, da bereits ein geregelter einstweiliger Zustand vorliegt. OLG. **1** 327 (Hamb.); a. M. Gaupp-Stein (4) zu § 627 CPO. N. IIIc, welcher es für gleichgültig erachtet, ob die Sorge für die Person des Kindes bisher auf Gesetz oder besonderer Anordnung des Vormundschaftsgerichts beruhte.

d) Nach Benedikt, Festgabe f. Wilke (1900) 49 ff. ist der Eherichter durch § 627 CPO. befugt, vom gesetzlichen Rechte des Vaters unabhängig der Mutter das Erziehungs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen und so ein Recht zu schaffen, das weder der Prozeß- noch der Vormundschaftsrichter gewähren könnte; und zwar ohne Bindung durch älteren Richterspruch (55) ganz nach freiem Ermessen; es handelt sich dabei nicht um die öffentlich-rechtlichen Kompetenzen des Vormundschaftsrichters, sondern um Uebergang elternrechtlicher Funktionen auf den Eherichter; s. Planck IV 45.

III. Unterbringung in eine Anstalt nur, wenn gelindere Mittel nicht ausreichen, namentlich wegen des Eingriffs in das Recht der Mutter. Schultheis 261.

Abs. 1 Satz 2. Das Gericht wird nur die Anordnung der Unterbringung erlassen, die Auswahl der Anstalt oder Familie aber dem Vater oder einem Pfleger überlassen und nur die Ausführung überwachen; nach der Unterbringung des Kindes ist eine weitere Thätigkeit des Gerichts nicht geboten. Schultheis 261[8]; s. a. Winter, CBlFrG. **3** 237.

Auswahl der Anstalt durch das Gericht ist nicht ausgeschlossen. Knitschky 216.

Zwang gegen Dritte zu üben, ist das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 nicht befugt, nur dem Beschluß auf Unterbringung des Kindes in einer Anstalt muß sich Jeder fügen. Nußbaum, Buschs Z. **29** 462; s. LG. Dresden, CBlFrG. 152 N. 82. Dronke, Buschs Z. **29** 517.

Bei freiwilliger Unterbringung in eine Anstalt ist ein Vertrag, das Kind der Anstalt dauernd zu überlassen bis zur vollendeten Erziehung, nicht rechtsgültig. Die vorzeitige Herausnahme des Kindes kann aber ein Einschreiten des Gerichts gegen den Vater nach § 1666 rechtfertigen. Aschrott, Fürsorgeerziehungsgesetz 48.

Gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche die Unterbringung eines Kindes außerhalb der Wohnung der Mutter angeordnet wird, steht, falls hierdurch Hilfsbedürftigkeit des Kindes eintritt, so daß die Armenverwaltung eintreten muß, dieser Beschwerde zu. OLG. Hamburg, CBlFrG. **3** 49 und 297, R. **02** 319. S. a. OLG. Hamburg, CBlFrG. **1** 498.

IV. Beim Zusammentreffen des Falles des § 1666 Abs. 1 mit einem Falle des § 1667 oder im Falle des § 1666 Abs. 2 kann dem Vater die elterliche Gewalt ganz entzogen werden. Fuchs 123[11], Boehm (2) 22, Engelmann Seuff. Bl. **65** 7 für den Fall des § 1666 Abs. 2. Vgl. Staudinger, N. 3 a. E. zu § 1666, Knitschky 219 (s. aber 243), Fraenkel 125; a. M. Opet 207[96] (289).

Die Entziehung der Nutznießung kann sich auf einzelne Bestandtheile des Vermögens beschränken. Opet 274.

Wird nur die Nutznießung entzogen, so ist kein Pfleger nöthig. Staudinger, N. 5d zu § 1666.

Im Falle des § 1666 Abs. 1 nur Maßregeln auf dem Gebiete der Personensorge. Staudinger, N. 3a a. E. zu § 1666, Planck, N. 2a zu § 1666; a. A. Knitschky 217[1] unter Berufung auf § 1656 Abs. 2.

Der unvermögende Vater darf das Kindesvermögen für deren Unterhalt in Anspruch nehmen; er überschreitet aber seine Befugnisse, wenn er es zu Ausgaben verwendet, die nicht den Kindern ausschließlich zu Gute kommen. Eine solche Verwendung kann Gefährdung der Unterhaltsgewährung aus dem Vermögen sein und die Maßregel des § 1666 Abs. 2 begründen. KG. RheinAV. **01** 125.

Abs. 2. Die Verwirkung der väterlichen Gewalt als Strafe erfolgt hier wegen der Gefährdung des Kindesvermögens und des Unterhalts, nicht aus dem bei § 1680 Abs. 2 angeführten Grunde. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung (Bern 1901) 11.

§ 1667. 1. a) Einmaliges nachlässiges Verhalten genügt nur, wenn es auf gleichen Mangel an Sorgfalt für die Folge schließen läßt; also z. B. nicht die auf Gesetzesunkenntniß beruhende Nichtanlegung von Geldern. Schultheis 246, Knitschky 219.

b) Pflichtverletzung setzt Verschulden voraus. Opet 248, Kuhlenbeck N. 1 zu § 1667; a. M. Planck, N. 1a zu § 1667.

c) Wenn der Konkurs über das Vermögen des Vaters wegen mangelnder Masse nicht eröffnet wird, so tritt § 1647 nicht ein, es wird aber in der Regel Grund zur Anwendung des § 1667 BGB. vorliegen. Schultheis 246.

2. Die Rechnungslegung erfolgt nach § 259; auch Offenbarungseid zulässig. Staudinger, N. 3b zu § 1667; a. A. Planck, N. 2b zu § 1667 vgl. Schultheis 247.

Wird Rechnungslegung angeordnet, so ist die Mitwirkung des Beistandes an sich nicht geboten (275).

3. a) Soll ein Pfleger bestellt werden, so ist zu beachten, daß dies nach § 1909 nur geschehen darf, wenn der Gewalthaber an der Besorgung bestimmter Angelegenheiten verhindert ist und daß daher, soweit der Gewalthaber nicht kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen ist (§ 1630 Abs. 2 Satz 1), der Bestellung des Pflegers eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts vorangehen muß, durch welche dem Gewalthaber in der betreffenden Angelegenheit die Sorge für das Kind (§ 1628) oder dessen Vertretung (§ 1630 Abs. 2 Satz 2) entzogen und hierdurch erst die Verhinderung des Gewalthabers geschaffen wird. Boschan 71.

b) Die Inventarerrichtung nach Abs. 2 wird oft wegen Interessenkollision Grund für eine Pflegschaft bilden. Opet 248[130].

c) Verwendet der Vater den Arbeitsverdienst des Kindes (§ 1651[1]) nicht nur zum Unterhalte des Kindes, sondern zum Theil für eigene Bedürfnisse, so sind Maßregeln zum Schutze des Kindesvermögens, aber keine Beschränkung in der Sorge für die Person des Kindes gerechtfertigt. BayrObLG. R. **02** 126.

d) Eine völlige Entziehung der elterlichen Gewalt ist hier nicht zulässig. Böhm, Gruchots Beitr. **41** 562. Vgl. Fraenkel 125.

4. a) Wenn Zinsscheine der zum unfreien Kindesvermögen gehörenden Papiere hinterlegt sind, so muß die Herausgabe fälliger Zinsscheine stets genehmigt werden. Schultheis 248.

b) Kostbarkeiten sind auch Gegenstände von Kunstwerth. Opet 249[132].

5. §§ 1667 ff. BGB. berühren die Frage, ob die einzelnen zugelassenen Anordnungen unmittelbar erzwungen werden können, im Allgemeinen gar nicht, sondern es wird nur hinsichtlich der Sicherheitsleistung im § 1670 Satz 2 BGB. jede andere Zwangsmaßregel als die Entziehung der Vermögensverwaltung ausgeschlossen; letztere Bestimmung bietet ein argumentum e contrario für die Zulässigkeit weiterer Zwangsmittel (Ordnungsstrafen) in den übrigen Fällen der §§ 1667 ff. BGB. Schultheis, CBlFrG. **2** 169, Boschan daselbst 160 ff. (auch Eltern und Vormundschaftsrichter 73 ff. und 89). Schroeder, DJZ. **01** 558, Nußbaum, Buschs Z. **29** 458—461, 499, Knitschky 221, Maercker (17) 494. Dagegen KG. OLG. **1** 284, R. **00** 435 CBlFrG. **1** 323, s. a. Schneider, Buschs Z. **29** 147 und Dronke, daselbst 516.

§ 1837 Abs. 2 BGB. ist auf die (selbständig geregelte) elterliche Gewalt nicht anwendbar. Es handelt sich aber um Vorschriften über das Verfahren, die aus Zweckmäßigkeitsrücksichten im BGB. in einzelnen Fällen, aber nicht erschöpfend getroffen sind; es kann daher die Landesgesetzgeung gemäß § 200 FG. weitere Ordnungsstrafen einführen. Der Nichtaufnahme von Ordnungsstrafen gegenüber dem elterlichen Gewalthaber in das BGB. liegt auch nicht der Gedanke zu Grunde, daß sie diesem gegenüber ausgeschlossen sein sollten; denn in den möglichen Fällen des Einschreitens hat das Vormundschaftsgericht die wesentlich gleiche Stellung als Aufsichtsbehörde wie gegenüber dem Vormunde. Daher ist Art. 15 Pr. FG. auch auf den Gewalthaber anwendbar. Schultheis, CBlFrG. **2** 165 ff.

Opet 252[140] hält auch reichsrechtlich Ordnungsstrafen gegen den Gewalthaber nicht für ausgeschlossen.

Art. 15 Pr. FG. ist auf den elterlichen Gewalthaber anwendbar, da sich weder aus dem Reichsrechte noch aus dem preußischen Rechte „ein Anderes ergiebt"; insbesondere auch als Zwangsmittel zur Durchführung der gemäß § 1667 BGB. (nicht § 1670) getroffenen Anordnungen. Schultheis, CBlFrG. **2** 168 und Vormundschaftsrichter 248[7]. Die Ansicht Boschans, CBlFrG. **2** 162, die Art. 15 Pr. FG. auf Handlungen einschränkt, die ohne Mitwirkung des Ver-

pflichteten nicht erledigt werden können, beruht auf irriger Auslegung des Art. 15 a. a. O.; derselbe unterscheidet nicht wie §§ 887, 888 CPO. zwischen vertretbaren*) und nicht vertretbaren Handlungen, sondern umfaßt alle Handlungen, die der Verpflichtete vornehmen kann, wenn er nur will.

§ 1668. Keine Sicherungshypothek auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts; Artt. 15 ff. Pr. FG. unanwendbar. Schultheis 249.

Die Sicherheitsleistung kann nicht den Beginn des vormundschaftlichen Einschreitens bilden, da sie Erfolglosigkeit der anderen Maßregeln (§ 1667 Abs. 2) voraussetzt. Opet 250; a. M. Schultheis 248 b.

Art und Umfang der Sicherheit bestimmt das Gericht nach seinem, d. h. freiem Ermessen; es ist weder an § 232 ff. BGB. noch an §§ 108 CPO. gebunden. Recke, A.bürgR. **20** 152.

§ 1669. I. 1. a) **Die Auseinandersetzungspflicht des Vaters aus § 1669 BGB. tritt nicht ein, wenn die zweite Ehe bereits vor dem 1. 1. 00 geschlossen war. Nach dem neuen Rechte bestimmt sich nach Art. 203 EG. nur das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und ehelichen Kindern, nicht auch die einzelnen Ansprüche aus diesem Rechtsverhältnisse. Diese richten sich gemäß Art. 170 EG. nach dem Rechte zur Zeit ihrer Entstehung.** LG. Köln, RheinAV. **00** 133, DJZ. **00** 364, Habicht (3) 614[3]; **Gl. A. LG. Düsseldorf**, RheinAV. **00** 132. Ebenso Gescher, RheinAV. **00** 115 **unter Betonung des Wortlauts des § 1669, und** Cronenberg daselbst 116 (208), **welcher hervorhebt, daß mit der Wiederverheirathung der Thatbestand des § 1669 abgeschlossen sei und deshalb nach Art. 203 S. 1 unter dessen Vorschrift nicht falle.** Dagegen Weißweiler daselbst 169 ff., **der den Sinn des § 1669 dahin auffaßt, daß der in fernerer Ehe lebende Vater nicht in Vermögensgemeinschaft mit dem Kinde sich befinden solle und deshalb den Zeitpunkt des Eintritts der Thatbestandsmomente für gleichgültig hält.**

Gescher, RheinAV. **01** 43 ff., faßt den Art. 203 S. 2 dahin auf, **daß nur der nach 1. 1. 00 wiederheirathende Vater auch das frühere Vermögen zu verzeichnen hat.**

b) **Hat jedoch schon nach früherem Rechte eine solche Verpflichtung bestanden, so ist die Auseinandersetzung noch nachträglich zu betreiben.** KGJ. **21 A 24**, Seuff. A. **56** 226, OLG. **2** 168, RheinAV. **01** 11.

Im Gebiete des früheren rheinischen Rechtes **hat der Vater, welcher vor 1. 1. 00 zur neuen Ehe schritt, die Auseinandersetzung der zwischen ihm und dem Kinde bestehenden Gemeinschaft bezüglich des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens nachträglich herbeizuführen.** Weißweiler, Handb. 158; Rhein.AV. **00** 169 ff.

Inventar muß der sich wiederverheirathende Vater auch dann errichten, wenn er nach Mainzer Landrecht an dem Vermögen des Verstorbenen beisaßberechtigt ist. LG. Darmstadt, HessRspr. **1** 68.

2. **§ 1669 ist nicht auf den Fall der Trennung der früheren Ehe durch den Tod beschränkt, sondern gilt auch dann, wenn dieselbe geschieden ist.** AG. Guttentag, CBlFrG. **1** 666, Knitschky 188.

II. 1. a) **Im Falle des § 1669 gilt die Vergünstigung des § 1640 hinsichtlich der Haushaltsgegenstände im Inventar nicht.** Schultheis 237; s. auch Opet 247[125]; a M. Planck, N. 2 b zu § 1669.

b) **Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit ist nicht erfordert.** Opet 158[64], **aber auf Verlangen des Gerichts abzugeben.** Staudinger, N. 2b zu § 1669.

---

*) Vgl. Nußbaum, Buschs **3 29** 504.

c) Das Vormundschaftsgericht hat das Verzeichniß zu prüfen; bei Mangelhaftigkeit findet Anordnung der Zuziehung einer Urkundsperson nicht statt. Schultheis 237, Planck, N. 2b zu § 1669. Ebenso LG. Darmstadt, HessRspr. I 119, welches aber das Gericht zur Aufnahme auf Verlangen des Vaters für verpflichtet hält.

2. a Aufhebung einer von dem wiederverheiratheten Vater vor dem 1. 1. 00 bestellten Sicherheit kann von dem Vormundschaftsgericht angeordnet werden. Schultheis 321.

b) Die im früheren Herzogthume Nassau dem wiederheirathenden Elterntheil auferlegte Kautionspflicht für das bewegliche Vermögen der Kinder früherer Ehe ist kein Ausfluß des Tit. 28 Solmser Landesordnung von 1571, dessen Geltung nach dem Jahre 1900 zufolge Art. 53 §§ 6 in Verbindung mit Art 46 § 2 und 3 preuß. AG. z. BGB. vorgesehen ist, sondern ein Ausfluß der elterlichen Gewalt und mithin als beseitigt anzusehen. Fohr, A.civPr. 91 103 ff.; a. M. LG. Wiesbaden, Frankfurter Rundschau 34 38, R. 00 517.

3. a) § 2044 gewährt nicht die Möglichkeit, die Auseinandersetzungspflicht im Falle des § 1669 auszuschließen. KG. Seuff. A. 56 226, OLG. 2 168.

b) Zwischen Vorerben und Nacherben besteht keine Gemeinschaft; daher keine Auseinandersetzungspflicht zwischen der wiederheirathenden Mutter als Vorerbin und den Kindern als Nacherben. OLG. 5 402 (KG.).

4. Das Gericht kann die Gestattung des Aufschubs der Auseinandersetzung an Bedingungen knüpfen, z. B. Sicherstellung durch Hypothek. Planck, N. 2c zu § 1669, HessRspr. I 103.

Märcker (17) 391 ist der Ansicht, daß die Auseinandersetzung zwischen dem wiederheirathenden Elterntheil und dem Kinde nicht nur bis unmittelbar nach der Eheschließung, sondern auf unbestimmte Zeit vertagt werden dürfe.

Opet 160 lehrt, daß auch in diesem Falle alsbald ein Auseinandersetzungspfleger zu bestellen sei, damit die Auseinandersetzung binnen angemessener Frist erfolgt, s. a Ofenstätter, Z. f. Not. in Bayern 01 108.

5. a) Bei Wiederverheirathung des Gewalthabers ist dem Auseinandersetzungspfleger im Gegensatze zum preuß. ALR. § 970 II. 18 die Mitwirkung bei der Feststellung und Inventarisirung des Kindesvermögens entzogen;[1] sein Wirkungskreis beschränkt sich lediglich auf die etwaige Auseinandersetzung,[2] bei der er gemäß § 1909 an Stelle des durch Interessenkollision verhinderten Gewalthabers fungirt. Hieraus folgt, daß ein Pfleger überhaupt nur dann zu bestellen ist, wenn eine Auseinandersetzung thatsächlich erfolgen soll Dem entspricht die Bestimmung des § 1314 Abs. 2 a. E. Der § 1669 beschränkt die Auseinandersetzungspflicht auf den Fall einer Gemeinschaft. Ist irgend ein erhebliches Vermögen nicht vorhanden, so wird der Vormundschaftsrichter, weil die Aufhebung der Gemeinschaft in diesem Falle die Untergrabung der Subsistenz der Familie nach sich ziehen kann und die Aufrechterhaltung der bisherigen Gemeinschaft im Interesse der Kinder, des Gewalthabers und schließlich auch der bürgerlichen Gesellschaft liegt, von der Auseinandersetzung bzw. Bestellung eines Pflegers abzusehen haben. Nur beim Vorhandensein eines irgendwie nennenswerthen Vermögens würde die Auseinandersetzung und Bestellung eines Pflegers zu erfolgen haben. Finke, PosMschr. 01 22 ff.

Ist die Gemeinschaft eine Erbengemeinschaft, so ist für die Vermittelung der Auseinandersetzung das Nachlaßgericht zuständig (§§ 72 ff. RFrGG.). Ausgeschlossen ist aber auch nicht, daß das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Vaters die Auseinandersetzung als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit beurkundet,

[1]) S. darüber Opet 158[65].

[2]) Opet a. a. O. betont, daß dem Pfleger nicht die Ueberwachung des Vaters für die Zukunft obliegt.

vorausgesetzt nur, daß die Betheiligten mit dieser Vermittelung einverstanden sind, da alsdann das Versäumnißverfahren nach §§ 86 ff. RFrGG. unzulässig ist; wegen des Verfahrens vgl. Stechert, PosMschr. 02 105 ff.; a. M. Wetzling, das. 138.

b) Die Auseinandersetzung kann privatschriftlich oder notariell beurkundet werden; nur die Erklärungen des Theilungspflegers müssen vom Vormundschaftsgerichte genehmigt werden. Regelmäßig aber erfolgt diese Auseinandersetzung vor Gericht, ohne daß indeß hiermit das förmliche Auseinandersetzungsverfahren der Miterben gemäß §§ 86 ff. FrGG. als beantragt gelten kann; der überlebende Gatte geht vielmehr lediglich die beurkundende Thätigkeit des Amtsrichters (zugleich Vormundschaftsrichters) an. Daraus folgt: α) Für diese Auseinandersetzung ist nicht schlechthin das „Nachlaßgericht" zuständig, vielmehr bei Wohnsitzwechsel des überlebenden Gatten das Gericht des neuen Wohnsitzes, das zugleich Pflegschaftsgericht ist. β) Erklärungen ausgebliebener Betheiligter können nicht durch das Versäumnißverfahren der §§ 91, 93 FrGG. ergänzt werden. γ) Die Erbtheilung ist vom beurkundenden Richter vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen, nicht auch noch nach § 93 Abs. 1 S. 2 FrGG. zu „bestätigen", und es findet aus ihr nicht die Zwangsvollstreckung (§ 98 eb.) statt. Die entgegengesetzten Folgen ergeben sich überall, wenn nach Lage des Falles (z. B. etwa beim Vorhandensein volljähriger und minderjähriger Kinder) die Vermittelung der förmlichen Auseinandersetzung als beantragt anzusehen ist. Eugen Josef, Komm. z. R.= und preuß. FrGG., N. III zu § 98 sowie DIZ. 00 473, 474; s. a. Märcker (17) 391.

§ 1670. Es genügt objektive Nichtbefolgung der Anordnungen, Verschulden ist nicht erforderlich. Planck, N. 2 zu § 1670, Scherer, N. zu § 1670.

Wegen § 1314 ist im Falle des § 1669 in der Regel kein Anlaß zur Anwendung des § 1670; es kann aber Eheschließung in Folge Täuschung des Standesbeamten oder im Auslande vorliegen oder die aufgeschobene Auseinandersetzung verweigert werden. Schultheis 249c.

§ 1673. Anhörung des Vaters u. s. w. ist im Falle des § 1677 nicht geboten, da nicht eine Maßregel, die die Entziehung der väterlichen Befugnisse bezweckt, in Frage steht. Schultheis 264.

„Unthunlich" ist nach Opet 207 die Anhörung auch dann, wenn sie „offenbar zwecklos" wäre. Daß die Anhörung Kosten verursacht, macht sie noch nicht unthunlich. Böhm 26, Opet 206[94]. Der Vater hat keinen Anspruch auf Ersatz der Auslagen. Planck, N. 1 zu § 1673, Staudinger, N. 5 zu § 1673.

Mündliche Anhörung des Vaters ist nicht vorgeschrieben. OLG. 3 299 (KG.).

Abs. 2. Bezieht sich nicht auf die Volljährigkeitserklärung; daher ist bei dieser, falls das Kind unter elterlicher Gewalt steht, Anhörung von Verwandten nicht vorgeschrieben, da auch § 1847 unanwendbar. Schultheis 179[9].

§ 1673 Abs. 2 ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift, daraus darf aber nicht mit Dorner, Komm. 157 u. Birkenbihl 100 gefolgert werden, daß die weitere Beschwerde auf die Verletzung dieser Vorschrift nicht gestützt werden könne. BayrObLG. CBlFrG. 2 364, R. 01 514 (auch 02 127), OLG. 3 185.

§ 1675. Die Fälle, in denen das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist, sind in der Hauptsache folgende:

a) Anordnung der im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln im Falle des § 1665 BGB.;

b) Anordnung von Maßregeln bei Verletzung der elterlichen Pflichten im Falle des § 1666 BGB.;

c) Anordnung von Maßregeln bei Vermögensgefährdung im Falle des § 1667 BGB.;

d) Anordnung von Maßregeln bei Zuwiderhandlung gegen den Willen des Erblassers oder Geschenkgebers im Falle des § 1639 BGB.;
e) Entziehung der Vermögensverwaltung gemäß § 1670 BGB. in den Fällen des § 1640 und § 1669 BGB. Fuhrmann, Geschäftsführung des Gemeindewaisenraths 34—40.

Anzeigepflicht auch im Falle einer Interessenkollision (§§ 1796, 1630 Abs. 2). Opet 191[38].

Ein Waisenrath, dem die elterliche Gewalt über seine minderjährigen Kinder zusteht, ist von der Anzeigepflicht aus § 1675 BGB. in Bezug auf seine eigene Person befreit. Er wird zweckmäßiger Weise, wenn ihm ein Kind geboren wird, über welches er die elterliche Gewalt erlangt, dem Gemeindewaisenrath eines benachbarten Bezirkes, wenn in seinem Bezirke nicht noch andere Waisenräthe neben ihm mitwirken, hiervon Mittheilung machen; der benachbarte Waisenrath wird die Anzeigepflicht zu übernehmen haben. Fuhrmann, Zschr. „Die Jugendfürsorge" 315—318; s. a. Habel, R. **02** 60.

Der Gemeindewaisenrath ist beschwerdeberechtigt in Angelegenheiten, die die Sorge für die Person betreffen. KG. R. **00** 435.

Der Gemeindewaisenrath hat eine Anzeigepflicht, kein Aufsichtsrecht. Scherer, zu § 1675.

§ 1676. Die elterliche Gewalt ruht auch, wenn der Gewalthaber zwar nicht entmündigt, aber thatsächlich geistesgestört ist (§ 104[2] BGB.). LG. Köln, CBlFrG. **2** 527.

Abs. 2. Ist der böslich verlassene Ehemann geschäftsbeschränkt, so tritt bei Scheidung der Ehe eine Aenderung in der Sorge für die Person des Kindes nicht ein, dieselbe steht ihm nach wie vor neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu. Süßheim, A.civPr. **91** 421.

Im Falle des § 1676 Abs. 2 ist der Vater auch nicht zur Stellung eines Strafantrags, auch nicht bei Vergehen unmittelbar gegen die Person des Kindes, befugt. Knitschky 237. Auch nicht zur Ertheilung der Einwilligung nach § 4 BGB. Knitschky 238.

Das Ruhen beginnt im Falle des § 1910 mit der Bestellung des Pflegers. Knitschky 236[4]; a. M. Fränkel 127, welcher das Ruhen schon mit dem Eintritte der Behinderung beginnen läßt.

§ 1677. 1. Ein Fall der thatsächlichen Verhinderung ist die Verbüßung einer längeren Freiheitsstrafe. KG. DJZ. **00** 49.

2. a) Das Vormundschaftsgericht darf die Feststellung nach Abs. 1 nur treffen, wenn die Verhinderung sich auf die Gewalt im Ganzen, nicht nur auf einzelne Angelegenheiten bezieht. Staudinger, Note 1c und Planck, Note 1d zu § 1677.

b) Die Feststellung des Ruhens der Gewalt hat, wenn beide Eltern am Leben und an sich zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt sind, im Wesentlichen nur negative Bedeutung (Verlust der Ausübungsbefugniß des Gewalthabers, § 1678), dagegen keine positive in dem Sinne, daß die Mutter etwa erst durch die Feststellung des Ruhens die Ausübung der elterlichen Gewalt gewänne, zu der sie nach § 1685 Abs. 1 bei jeder thatsächlichen Verhinderung des Vaters ohne Weiteres berufen ist. Immerhin bietet der Mutter die Ausfertigung der Feststellungsverfügung eine Art Bestallung und hat sie den Vortheil, daß der Vater zur Ausübung der elterlichen Gewalt erst wieder berechtigt ist, wenn das Vormundschaftsgericht eine Feststellung nach § 1677 Abs. 2 getroffen hat. Die Bedeutung der Feststellung besteht, falls nur noch ein Elterntheil am Leben und zur Ausübung der elterlichen Gewalt an sich berechtigt ist, darin, daß ohne eine solche nur eine Pflegschaft eingeleitet werden könnte, während durch die Fest-

stellung des Ruhens die Ausübung der elterlichen Gewalt ausgeschlossen (§ 1678) und daher die Voraussetzung für eine Vormundschaft gegeben ist (§ 1773). Boschan 32.

c) Es wird häufig zweifelhaft sein, ob im einzelnen Falle eine Feststellung gemäß § 1677 genügt oder nicht vielmehr die Verhängung besonderer Maßregeln gemäß §§ 1666, 1667 am Platze ist. Hat z. B. ein Vater seine Familie böslich und, ohne für ihren Unterhalt zu sorgen, verlassen, so wird Entziehung der Vermögens- und Personensorge gemäß § 1666 geboten und ein Vormund zu bestellen (§ 1773) sein, während bei Feststellung des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters die Ausübung der elterlichen Gewalt auf die Mutter übergeht, abgesehen von der Nutznießung, die sie im Interesse des Vaters auszuüben hat. Boschan 36.

3. Abs. 2. Endigung mit der Bekanntmachung an den Vater; die Verfügung ist aber auch der Mutter oder dem Vormunde zu eröffnen. Schultheis 265.

Der gute Glaube Dritter an das Weiterbestehen der durch die Feststellung des Vormundschaftsgerichts wieder erloschenen Verfügungsmacht der Mutter (§ 1685) wird nicht geschützt. Josef, Komm. z. R.- u. Preuß. FrGG., Zus. zu § 51.

§ 1680. 1. a) An einem Kinde begangen ist jede strafbare Handlung, die sich gegen ein Rechtsgut des Kindes richtet. Knitschky 240; Planck, Note 1a zu § 1680.

OLG. Karlsruhe, CBlFrG. **3** 57, R. **02** 320, OLG. **5** 187 läßt den Verlust der Gewalt nur wegen solcher Strafthaten eintreten, die sich gegen die Person des Kindes richten, so daß Delikte vermögensrechtlicher Natur zum Nachtheile des Kindes ausscheiden.

Opet 293[13]: Das Delikt muß nicht gerade die Person des Kindes ergreifen (nicht nur Körperletzung oder Sittendelikte).

Scherer, zu § 1680: An dem Kinde und an der Person des Kindes (nicht gegen oder zum Nachtheile). S. a. Böhm 13e u. 29 a. E.

b) Die Einwilligung des Kindes in die Strafthat ist bedeutungslos. Opet 294.

c) Bei Verurtheilung zu einer Gesammtstrafe wegen mehrerer an dem Kinde verübter Strafthaten muß eine Einzelstrafe 6 Monate erreichen. Knitschky 242[1]. A. A. Planck, Note 1b zu § 1680, welcher das Maß der Gesammtstrafe entscheiden läßt; ebenso Staudinger, Note 2b zu § 1680; Märcker (17) 503.

2. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt erstreckt sich nicht nur auf das verletzte Kind, sondern auf alle Kinder. Böhm, Gruchots Beitr. **41** 561. A. M. Planck, Note 4 zu § 1681; Habicht, Gruchots Beitr. **42** 430[13], welcher noch hervorhebt, daß zum Schutze der anderen Kinder Maßregeln nach §§ 1666, 1667 möglich, Entziehung der Nutznießung aber auch nur im Falle des § 1666 Abs. 2 statthaft sei; Fränkel 125, 126[1]; Fuchs 120[6]; Opet 295[19]; Knitschky 242; Staudinger, Note 5 zu § 1680; Märcker (17) 503.

3. Im Falle der Aufhebung des Urtheils im Wiederaufnahmeverfahren ist analog dem § 1679 Abs. 2 geregelten Falle zur Rückerlangung der Gewalt die Erklärung des hierauf gerichteten Willens des Vaters dem Vormundschaftsgerichte gegenüber erforderlich. Opet 295; a. A. Planck, Note 2 zu § 1680 (Wegfall der Verwirkung nach rückwärts); ebenso Staudinger, Note 4 zu § 1680.

4. a) Ist die väterliche Gewalt vor dem 1. 1. 00 aus einem Grunde verwirkt, den das BGB. nicht als Verwirkungsgrund anerkennt, so lebt sie als elterliche Gewalt wieder auf; die Beendigung hat keine unentziehbare Rechtslage ge-

schaffen. KGJ. 19 51[1]), DJZ. 00 49, JMBl. 00 612; Scherer, JW. 00 846.

b) Bei früherer Verurteilung erwirbt der Vater die elterliche Gewalt gar nicht (legitimirtes Kind). Knitschky 242[2] u. 265[1].

5. Die Verwirkung erstreckt sich nicht auf die außerhalb der elterlichen Gewalt bestehenden Elternrechte (z. B. §§ 1305, 1306). Staudinger, Note 8 zu § 1680; Fränkel 126 (Recht aus § 1617, soweit dies nicht von der Erziehungsgewalt abhängt).

6. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte macht nicht unfähig zur elterlichen Gewalt. Ackermann, Vorm. Schutz d. Haussohns 80 (Diss. 1900).

7. Abs. 2. Es handelt sich hier um einen Fall der Verwirkung als Strafe. Die ratio der Gesetzesstelle bildet nicht die Vergeltungsidee im Sinne der absoluten Strafrechtstheorien, sondern vielmehr der Gedanke, daß der Berechtigte durch sein Verhalten die Bande des Blutes, welche ihn mit dem Kinde verknüpften und welche jenes Rechtsverhältniß begründeten, zerrissen habe. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung 11.

§ 1681. 1. a) Der Vormundschaftsrichter hat nicht die Verpflichtung, sich um die vom Vater dem Kinde nach erreichter Volljährigkeit zu erstattende Rechnungsablage zu kümmern. Weißweiler, Handb. 160.

b) Der Anspruch des Kindes auf Rechnungslegung und Vermögensherausgabe ist im Prozeßwege zu verfolgen, nicht vom Vormundschaftsgerichte durch Ordnungsstrafen zu erzwingen. OLG. 3 372 (Oldenb.).

2. Der Vater kann auch zur Leistung des Offenbarungseides nach § 260 angehalten werden; weigert er sich und wird dadurch das Kindesvermögen gefährdet, so kann das Vormundschaftsgericht gegen ihn durch Maßregeln (wie Entziehung der Personensorge) nach § 1667 Abs. 1 einschreiten; anderen Falles Pflegerbestellung zur Klage auf Offenbarungseid. Opet 254; s. Knitschky 243 a. E.; Fränkel 150[2].

3. Im Sinne des § 3 Satz 2 Art. 82 Pr. AG. z. BGB. liegt es, daß die demnächst von der Mutter nach Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung auch für die Zeit der vormundschaftlichen Amtsführung (vor dem 1. 1. 00) dem Kinde abzulegende Rechenschaft lediglich gemäß §§ 1681, 1686 erfolgt. Schultheis 311[5a]; vgl. Schultetus 238[2].

4. Auch die Mutter hat ein Recht auf Vermögensherausgabe und Rechnungslegung. Scherer, zu § 1681.

§ 1682. Zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen verbundenen Geschäfte ist der Vater nach erreichter Volljährigkeit des Kindes nicht berechtigt, da er jedenfalls wissen müßte, daß seine elterliche Gewalt nunmehr beendet ist. Süßheim, Gruchots Beitr. 45 69.

Für „das Kennenmüssen" ist entscheidend culpa in concreto (§ 1664). Ramdohr, Gruchots Beitr. 44 140. Die Vorschrift des § 1682 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich auch auf Geschäfte, die der Vater in Ausübung seines Nutznießungsrechts am Kindesvermögen vornimmt. Ramdohr a. a. O. 690.

Auch bei der Fortführung der Geschäfte ist die Haftung nach § 1664 zu bemessen. Knitschky 244 (245); Staudinger, Note 1 zu § 1682 (Note 2 zu § 1683).

Über die Beweislast hinsichtlich des guten Glaubens des Vaters und des Dritten Knitschky 244; Staudinger, Note 2 und 3 zu § 1682.

Durch den bösen Glauben des Dritten entsteht eine Art negotium claudicans (Wahlrecht des Kindes). Knitschky 245.

---

[1]) CBlFrG. 00 21 (LG. Leipzig).

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1684. 1. Lebt der für todt erklärte Vater noch, giebt aber keine Erklärung nach § 1679 Abs. 2 ab, so verbleibt die Gewalt der Mutter. Planck, N. 1 2 zu § 1684; a. A. Knitschky 246, welcher nach dem Sinne des § 1684 die Gewalt der Mutter ausschließt und Vormundsbestellung erfordert.

2. a) Nach Opet 320[1] erlangt die Mutter, wenn der Vater schon früher die Gewalt verwirkt hatte, diese mit dem Erlasse, nicht erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurtheils. A. A. Planck, Note 3 zu § 1684.

b) Die Auflösung der Ehe im Sinne der Nr. 2 wird durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht herbeigeführt. Staudinger, Note 1 c zu § 1684; a. A. Planck, Note 3 zu § 1684; Knitschky 246[3]

3. a) Gilt das Kind nach dem Tode des Vaters als ehelich, so ist die Mutter als elterliche Gewalthaberin zur Vertretung auch dann befugt, wenn nach § 1593 die Unehelichkeit des Kindes im Prozesse geltend gemacht wird. Gerstel, R. **02** 98.

b) Ein als ehelich geltendes Kind, dessen Vater noch vor der Geburt gestorben ist, so daß eine Anfechtung unmöglich ist, tritt unter die elterliche Gewalt der Mutter. Macht ein Dritter die Unehelichkeit geltend, so wirkt das die Unehelichkeit feststellende Urtheil nur inter partes, nicht auf das Verhältniß zwischen Mutter und Kind; die Klage muß nicht gegen die Mutter als Gewalthaberin gerichtet werden; auch nach dem siegreichen Prozeß des Dritten bleibt die einheitliche elterliche Gewalt bestehen. Die Mutter kann aber nicht selbst als Gewalthaberin Alimentationsansprüche gegen einen außerehelichen Vater geltend machen; dies wäre eine contradictio in rubro, eine solche Klage wäre ex officio abzuweisen. Es ist aber eine Klage des Kindes gegen die Mutter auf Feststellung der Unehelichkeit nach § 640 CPO. nicht schlechthin ausgeschlossen: hierzu Pflegschaftsbestellung nothwendig. Nach rechtskräftiger Feststellung der Unehelichkeit Einleitung einer Vormundschaft. Breit, R. **02** 550 ff.

§ 1685. 1. Im Falle des § 1685 geht nur die Ausübung, nicht das Recht der elterlichen Gewalt selbst auf die Mutter über. Sie ist daher hier die gesetzliche Stellvertreterin des Vaters und übt in dessen Namen die elterliche Gewalt aus. Sartorius, Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit, VerwA. **7** 354 f.; a. M. Planck, Vorbem. I[2] vor § 1684: sie übt nicht im Namen des Vaters aus, sondern hat die gleiche Stellung wie andernfalls dieser, als Verweserin der Gewalt, die der Zuständigkeit nach dem Vater verbleibt, von der Mutter aber ausgeübt wird. Knitschky 248.

2. a) Als thatsächliche Verhinderung erscheint auch vorübergehende Geistesstörung. Opet 283[3]. Böhm 15, Fränkel 127[1].

b) Auch thatsächliche Verhinderung an der Besorgung einer einzelnen Angelegenheit fällt unter Abs. 1. Staudinger, N. 3 a ε zu § 1685.

Die elterliche Gewalt der Mutter greift bei bestehender Ehe an Stelle der Gewalt des Vaters nur dann Platz, wenn der Vater an deren Ausübung schlechthin verhindert ist oder wenn seine elterliche Gewalt ruht, während bei seiner Behinderung hinsichtlich einzelner Beziehungen anderweit, insbesondere durch Bestellung eines Pflegers (§ 1909) gesorgt werden muß. Dies muß selbst dann gelten, wenn dem Vater durch Anordnung des Vormundschaftsgerichts die Sorge sowohl für die Person als auch für das Vermögen, mit anderen Worten der gesammte Kreis seiner elterlichen Rechte und Pflichten entzogen wird. Denn das Gesetz kennt eine Entziehung der elterlichen Gewalt als solcher nicht, und selbst wenn dem Vater die sämmtlichen in der elterlichen Gewalt enthaltenen Befugnisse entzogen sind, bleibt er dennoch grundsätzlich der Träger der elter-

lichen Gewalt, und es tritt daher in diesem Falle nicht die elterliche Gewalt der Mutter ein, sondern dem Kinde ist ein Vormund zu bestellen (§ 1773). Boschan 9, 140, 295. Knitschky 246[5].

c) Die Fassung des § 1685 Abs. 1 ist insofern auffällig, als darin die thatsächliche Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt und das Ruhen seiner elterlichen Gewalt neben einander gestellt sind, während doch im Falle des § 1677 das Ruhen der elterlichen Gewalt häufig auch unter den weiteren Begriff der thatsächlichen Verhinderung fallen wird. Das Gesetz hätte vielleicht deutlicher gelautet: „Ruht die elterliche Gewalt des Vaters oder ist der Vater außer dem Falle des § 1677 Abs. 1 an ihrer Ausübung thatsächlich verhindert" u. s. w. Boschan 16.

d) Der Mutter steht das Recht nicht zu, ihr Kind im Prozesse gegen den Vater zu vertreten. Zwar ist der Vater in diesem Falle nach § 181 BGB. verhindert, sein Kind zu vertreten, aber diese Verhinderung ist eine rechtliche, keine thatsächliche. In solchem Falle der rechtlichen Verhinderung hat das Vormundschaftsgericht gemäß § 1665 einzutreten und nach § 1909 einen Pfleger zu bestellen. OLG. **1** 277 (Darmstadt); s. a. KGJ. **20** A 222.

Die Mutter kann auch nicht den Alimentationsanspruch des Kindes gegen den getrennt lebenden Vater geltend machen; es bedarf der Pflegerbestellung. KG. Seuff. A. **57** 274.

3. a) Der Mutter gebührt das im § 1685 Abs. 2 bezeichnete Recht dann nicht, wenn sie eine neue Ehe eingegangen ist. Nußbaum, DJZ. **99** 413, Planck, N. 7 zu § 1685; Märcker (17) 505 schließt diesfalls nur einen Anspruch der Mutter auf Uebertragung aus.

b) Wenn dem Vater nach erfolgter Ehescheidung die Vermögensverwaltung nach § 1666 Abs. 2 entzogen ist, so kann der Mutter nicht die elterliche Gewalt zur Ausübung übertragen werden, weil die Verhinderung des Vaters eine rechtliche, keine thatsächliche (§ 1677) ist; es tritt vielmehr Vormundsbestellung ein. LG. Hamburg, CBlFrG. **1** 763; s. OLG. Braunschweig, CBlFrG. **3** 188.

4. a) Mit dem Wegfalle des Ruhens der Gewalt des Vaters endigt die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter auch dann, wenn sie ihr von dem Vormundschaftsgericht gemäß § 1685 Abs. 2 BGB. übertragen war; es bedarf hierzu keines gerichtlichen Ausspruchs. Schultheis 269.

b) Auch im Falle des § 1685 Abs. 1 hat die Fortführung der Gewalt durch die Mutter bis zur Kenntniß des Aufhörens der Behinderung die im § 1682 vorgesehene Wirkung. Opet 288 (§ 20 a. E.).

5. Klagezustellung hat auch im Falle der thatsächlichen Verhinderung des Vaters an diesen statt zu finden. Scherer, Familienrecht 361 Nr. 616.

6. Handelt der vermeintlich verhinderte Vater und außerdem die Mutter in derselben Angelegenheit, so gilt nur die Handlung des Vaters. Planck, N. 6 zu § 1685. Knitschky 248.

7. Der Mutter kann auf ihr Ansuchen eine Bescheinigung darüber ertheilt werden, daß sie zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt ist, wenn auch im Uebrigen die Ertheilung einer Bestallung ausgeschlossen ist. Nach einer Rundverfügung des Justizministers vom 7. März 1900 wird es in der Regel einer gebührenpflichtigen Bescheinigung (§ 49 des Pr. GKG.) nicht bedürfen, vielmehr eine einfache kostenfreie amtliche Auskunft genügen. Boschan 90.

§ 1687. 1. a) Die Anordnung des Vaters, daß neben der Mutter nach altem Rechte ein Gegenvormund zu bestellen sei, gilt nicht als Anordnung der Bestellung eines Beistandes. — Es ist Sache der Auslegung, ob der Vater überhaupt die Bestellung eines Beistandes hat anordnen wollen, wenn er eine bestimmte Person benannt hat, die aber in Wegfall gekommen ist. Weißweiler,

Handbuch 178, 179; Ausübung der elterlichen Gewalt 74. Im Zweifel für Beistandschaft überhaupt Knitschky 251.

Der Vater kann die Beistandschaft anordnen oder auch nur die Person des Beistandes benennen oder beide Anordnungen verbinden. Schultheis 273, Opet 309; Fränkel 161[2].

b) Dem Vater steht nicht die Befugniß zu, die Bestellung eines Beistandes auszuschließen. Schultheis 271[5], Böhm 31, Opet 311, Knitschky 252.

2. Dem Antrage der Mutter, der einer Begründung nicht bedarf, hat das Gericht zu willfahren. Schultheis 271. Der Antrag kann auch bedingt sein. Knitschky 251.

3. Ein besonderer Grund zur Bestellung eines Beistandes kann es sein, wenn die Mutter sich beharrlich weigert, den gesetzlichen Vorschriften über die religiöse Kindererziehung nachzukommen; die Bestellung erfolgt dann, um die Durchführung der gesetzlichen Vorschriften zu sichern. KGJ. **20** A 139, CBlFrG. **1** 319, R. **00** 435, OLG. **1** 282; vgl. OLG. **2** 111 (KG.).

4. a) Ein Beistand kann auch in dem Falle bestellt werden, daß die Gewalt des Vaters ruht und der Ausübung nach auf die Mutter nach § 1685 Abs. 2 übertragen wird. Knitschky 253.

b) Die Bestellung eines Beistandes kann auch in den Fällen des § 1684 Abs. 1 Ziff. 2 und des § 1685 in Frage kommen. Boschan 92, Opet 306, Staudinger, N. 3 zu § 1687.

5. Die Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten ist gemäß § 1673 vor der Beistandsbestellung erforderlich, ohne Unterschied, ob diese wegen eines Mangels in der Person der Mutter oder aus sachlichen Gründen, Umfang und Schwierigkeit der Vermögensverwaltung, angeordnet wird. BayrObLG. CBlFrG. **2** 364, KGJ. **23** D 7, OLG **3** 185.

6. Hat der Grundbuchrichter zu prüfen, ob der Mutter ein Beistand bestellt ist? Bejaht von Consbruch, R. **01** 551. Nach KG. OLG. **5** 5 R. **02** 325 müssen die Umstände des konkreten Falles berücksichtigt und muß nach verständigem Ermessen entschieden werden, ob Grund zur Annahme vorliegt, daß ein Beistand bestellt ist oder nicht; es ist nicht in jedem Falle der urkundliche Nachweis der Nichtbestellung zu erfordern, dieser Nachweis überhaupt nicht ausschließlich in der Form des § 29 Satz 2 GBO. zu verlangen. Vgl. Opet 319.

§ 1688. In den Wirkungskreis des für alle Angelegenheiten bestellten Beistandes fällt, da er nur auf die Sorge für das eigene Vermögen des Kindes und die Ausübung der elterlichen Gewalt sich bezieht, nicht die Sorge für die Interessen des Kindes an dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft, das die Mutter nicht kraft elterlicher Gewalt verwaltet. OLG. Hamburg, CBlFrG. **2** 889

Die Mutter kann in ihrem Antrage den Wirkungskreis bestimmen. Schultheis 274[14].

Das Gericht kann den Wirkungskreis nicht enger begrenzen, als der Vater in seiner Anordnung und die Mutter in ihrem Antrage. Planck, N. 2 zu § 1688, Knitschky 256[2], Staudinger, N. 1 zu § 1688; Fränkel 161 verlangt Berücksichtigung der väterlichen Anordnungen, sofern sie sich nicht gegen das Interesse des Kindes richten.

Dem einem anderen Bekenntniß angehörigen Beistande kann die Sorge für die religiöse Erziehung entzogen werden. Knitschky 255; s. Planck, N. 1 zu § 1688.

§ 1689. Dem Beistand in der Personensorge steht die Unterstützung der Mutter durch Anwendung der angemessenen Zuchtmittel, deren sich die Eltern überhaupt bedienen dürfen, zu; die Anwendung darüber hinausgehender geeigneter Zuchtmittel ist auch hier dem Vormundschaftsgerichte vorbehalten. Opet 313[40].

Zum persönlichen Eingreifen in die Gewaltübung berechtigt den Beistand das Ueberwachungsrecht nicht. Opet 315, Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1689.

§ 1690. § 1690 setzt das Vorhandensein eines Beistandes voraus; ist kein Beistand bestellt, so kann die Mutter über Hypotheken des Kindes frei verfügen. (§ 1812 ist auf die elterliche Gewalt nicht zu übertragen.) LG. Meseritz, CBlFrG. 2 721.

§ 1691. Darüber, ob die Anlegung zum Wirkungskreise des Beistandes gehört, entscheidet nach Staudinger, N. 1 zu § 1691 die Bestellung, eventuell die letztwillige Anordnung des Vaters.*)

Ist die Beistandschaft eingeleitet, ein Beistand aber z. Z. nicht vorhanden, so muß das Gericht zwar baldigst einen neuen bestellen. Die Anlegung von Geld darf aber inzwischen mit gerichtlicher Genehmigung erfolgen. Schultheis 276.

Pritzl, Z. f. Not. in Bayern 01 63 bezieht die Vorschrift des § 1691 auf den Fall, daß dem Beistand auf Antrag der Mutter die Vermögensverwaltung übertragen ist.

§ 1692. Nach Staudinger, N. 3 zu § 1692 ist der Beistand zur Inventarerrichtung immer zuzuziehen, auch wenn die Vermögensverwaltung nicht zu seinem Geschäftskreise gehört; a. A. Schultheis 275, Planck, N. 2 zu § 1692, Knitschky 259[2], Fränkel 162[1].

Bei dem im Falle der Wiederverheirathung zu errichtenden Verzeichnisse braucht der Beistand nicht mitzuwirken. Knitschky 258; a. A. Planck, N. 1 zu § 1692, Staudinger, N. 2 u. 3 zu § 1692.

Zu der Rechnungslegung bei Beendigung oder Ruhen der Gewalt und der dabei nach § 260 erforderten Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses bedarf es der Mitwirkung des Beistandes nicht, da dies nicht dem Gerichte vorzulegen ist. Knitschky 258.

§ 1693. 1. Eine Verpflichtung des Beistandes als Pfleger ist nicht erforderlich. Schultheis 278. Ein Gegenvormund kann bestellt werden. Märcker (17) 507, a. M. Schilgen, Vormundschaftsr. 143. Wird kein Gegenvormund bestellt, so erweitert sich die Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1810 Satz 2 und § 1812 Abs. 3 verb. m. § 1915 BGB. Schultheis 279.

2. a) Die Uebertragung der Vermögensverwaltung auf den Beistand erfordert einen Antrag der Mutter; sonst ist nur bei Interessenwiderstreit Entziehung der Verwaltung der Mutter und Pflegerbestellung zulässig. LG. Elberfeld R. 01 18.

b) Der Antrag ist auch dann möglich, wenn sich der Wirkungskreis des Beistandes nicht auf die Vermögenssorge erstreckt, er kann auch sofort mit dem Antrag auf Beistandsbestellung verbunden werden. Opet 315.

3. Die Mutter behält die Nutznießung mit der aus § 1656 BGB. sich ergebenden Beschränkung. RG. DJZ. 01 142, Knitschky 262[3], Opet 315[47]. Nach Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1693 bleibt das Nutznießungsrecht unberührt.

4. a) Die Uebertragung endigt nicht schon, wenn nur ein Grund, aus dem die Vermögensverwaltung der Mutter endigen würde, eintritt, z. B. Konkurseröffnung; Planck, N. 3 zu § 1693; a. A. Staudinger, N 6 zu § 1693, der übereinstimmend mit Planck a. a. O. im Falle der Entziehung der Personensorge während bestehender Uebertragung der gesammten Verwaltung auf den Beistand Vormundsbestellung eintreten läßt.

b) Die Aufhebung der Uebertragung beeinträchtigt das Recht des Kindes insofern, als der Beistand für jede culpa, die Mutter für diligentia in concreto haftet. Opet 317.

---

*) Dem ist nicht zuzustimmen. Es entscheidet nur die Bestellung. Letztwillige Anordnungen des Vaters sind nur für das Gericht maßgebend, bestimmen aber nicht unmittelbar den Geschäftskreis des Beistandes.

§ 1694. Frauen können Beistand sein. Böhm 35, Opet 308[16], Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1687, Kuby 40, Fränkel 162.

Es können mehrere Beistände bestellt werden. Opet 319, Staudinger, N. 2 und Planck, N. 4 zu § 1687.

Die Mutter selbst hat kein Benennungsrecht. Märcker (17) 507, Planck, N. I 1 zu § 1694; a. A. Neumann, N. 2 zu § 1687.

Nach dem anwendbaren § 1839 hat der Beistand dem Gericht auf Verlangen über die Führung der Beistandschaft, insbesondere gegebenen Falles über die persönlichen Verhältnisse der Kinder Auskunft zu ertheilen; die Mutter ist zur regelmäßigen Auskunftsertheilung an das Gericht nicht verpflichtet, muß aber dem Beistand Einsicht in die Verwaltung gestatten. Schultheis 275.

Fortlaufende gerichtliche Kontrolle des Beistandes unthunlich; regelmäßige Aktenreproduktion nicht erforderlich. Märcker (17) 509.

§ 1696. Geht auf Grund des Scheidungsurtheils die Sorge für die Person des Kindes auf die geschäftsbeschränkte Ehefrau über, so ist derselben, falls die Geschäftsbeschränktheit nicht auf Minderjährigkeit beruht (§§ 1303[2], 106), für das Kind ein Vormund an die Seite zu stellen (§§ 1686, 1676, 1773). Süßheim, A.civPr. **91** 421.

§ 1696 wird durch § 1698 nicht berührt. Die Mutter hat deshalb auch beim Ruhen der Gewalt des Vaters im Falle ihrer Minderjährigkeit die Stellung des § 1696 neben dem Vormunde. Planck, N. 3 zu § 1698; a. A. Staudinger, N. 3 zu § 1698. Habicht (3) 47 wendet den § 1696 auch auf den Vater in der Uebergangszeit an.

§ 1697. 1. Die modernen Gesetzgebungen knüpfen ebenso wie das römische Recht an die Eingehung einer zweiten Ehe verschiedene Verwirkungsfolgen. Die wichtigste ist der hier in Frage kommende Verlust der elterlichen Gewalt der sich wiederverheirathenden Mutter über ihre Kinder aus erster Ehe. Dann aber lassen sie den sich wieder verehelichenden Gatten die ihm am Vermögen des vorverstorbenen zustehenden Nutzungsrechte ganz oder theilweise verlieren (§ 1493). Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung (Bern 1901) 14.

2. Ist die Ehe absolut nichtig, so tritt Gewaltverlust nicht ein; ebenso im Falle der Nichtigkeitserklärung in Folge relativer Nichtigkeit oder Anfechtung. Staudinger, N. 3 zu § 1697.

3. Die Zuständigkeit für die nach Wiederverheirathung der Mutter einzuleitende Vormundschaft richtet sich nach § 36 FGG. auch dann, wenn bereits eine Beistandschaft anhängig ist (§ 43 Abs. 2 FGG.), da es sich um Einleitung einer neuen Vormundschaft handelt. Das Vormundschaftsgericht hat daher erforderlichen Falles die Beistandschaftsakten einzufordern und (z. B. in Preußen) die Akten unter dem neuen Aktenzeichen fortzuführen. Boschan 101.

4. Auch die wiederverheirathete Mutter hat noch das in Art. 111 d. großh. hess. AG. z. BGB. vorgesehene Recht, das Bekenntniß des Kindes zu ändern. HessRspr. **1** 32.

5. Die Mutter, welche vor 1. 1. 00 sich wiederverheirathet hat, erlangt nicht die elterliche Gewalt über die Kinder erster Ehe, auch wenn die zweite Ehe vor 1. 1. 00 wieder gelöst war. Blanckmeister, R. **00** 226; s. LG. Mainz, CBlFrG. **1** 137, HessRspr. **1** 77, **2** 36, 69, Scherer, JW. **00** 846, Märcker (17) 504. Ebenso KG DJZ. **00** 166, OLG. Darmstadt, CBlFrG. **3** 17, Schultheis 319[7], Schultetus 231. Dagegen **RG.** (Scheidung der 2. Ehe vor 1. 1. 00) R. **01** 260 und JW. **01** 357, Habicht (3) 615[2]; vgl. CBlFrG. **1** 138.

6. Nach Auflösung der neuen Ehe tritt ein Wiederaufleben der verlorenen elterlichen Gewalt der Mutter über die Kinder der früheren Ehe nicht ein. KG. DJZ. **00** 166, Knitschky 264. Schmitz (3) 67.

Fünfter Titel.
Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1699. Die Bestimmungen der §§ 1699 bis 1704 beziehen sich auf Kinder aus einer formungültigen Ehe nur, wenn diese in das Heirathsregister eingetragen ist. Erler, Ehescheidungsrecht 76. Handelt es sich um eine formungültige, in das Heirathsregister eingetragene Ehe, so erlangt das Kind trotz des bösen Glaubens beider Eltern die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes, wenn die Eltern unter den Voraussetzungen des § 1324 Abs. 2 die dort bestimmte Zeit hindurch als Ehegatten gelebt haben. (77.)

Haben beide Ehegatten bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe gekannt, so hat das Kind den Namen der Mutter zu führen. Süßheim, Gruchots Beitr. **43** 583.

Die Gleichstellung der Putativ-Kinder mit den ehelichen Kindern hat auch im öffentlichen Rechte Geltung. Putativ-Kinder erwerben ebenso wie eheliche die Staatsangehörigkeit des Vaters. Sartorius, Einfluß des Familienstandes, VerwA. **7** 334.

Sartorius 344 hebt hervor, daß „eingetragen" im Sinne des § 1699 Abs. 2 nur die gültig eingetragene Ehe ist.

§ 1703. Da das Kind Unterhalt nur wie ein eheliches Kind verlangen kann, so hat es keinen Anspruch auf den im § 1708 Abs. 1 dem unehelichen Kinde eingeräumten, der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt. Erler § 20, Anm. 20.

Sechster Titel.
Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Alexander, Seuff. Bl. **66** 343: Einstweilige Verfügung gemäß § 1716 BGB. gegen den Kindesvater auf Vorauszahlung und Hinterlegung von Entbindungskosten und Unterhalt. — **Brettner**, Der unehelichen Kinder Namensänderung, CBlFrG. **2** 477. — Derselbe, **Ist unter allen Umständen an der Empfängnißzeit des § 1717 BGB. festzuhalten?** R. **00** 456. — **Conrades**, R. **00** 486. Ebenfalls über § 1717. — Franz, Seuff. Bl. **66** 243 ff.: Klagantrag in Alimentenprozessen — Hirsch, R. **01** 490: Die Empfängnißzeit des § 1717 BGB. — Derselbe, Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder. — Mantey, R. **01** 228: Nochmals die Adoption Unehelicher durch ihre natürlichen Eltern. — Derselbe, Gruchots Beitr. **42** 547. — Mothes, R. **02** 318: § 1715 BGB. und § 57 Abs. 4 Kranken-Vers.-Ges. — Mumm, R. **01** 253: Die Beerdigungskosten der im Wochenbette verstorbenen Mutter eines unehelichen Kindes. — Rambohr, DJZ. **02** 146: Die Ertheilung des Familiennamens durch den Ehemann der Mutter eines unehelichen Kindes gemäß § 1706 BGB. — Derselbe, Gruchots Beitr. **43** 36 ff. — Weidlich, A.bürgR. **21** 26: Die exceptio plurium concumbentium mit besonderer Berücksichtigung der Beweisfrage. — Winter, R. **01** 308: Zur Auslegung des § 1606 BGB.

§ 1705. Hirsch, Rechtsverhältnisse der unehel. Kinder 3, bezeichnet als uneheliche Kinder solche, welche entweder von einer unverheiratheten Frau geboren sind, oder welche von einer Ehefrau geboren sind und bezüglich deren die Nichtehelichkeit nach §§ 1593 ff. festgestellt ist. Im Brautstand erzeugte Kinder stehen den unehelichen gleich (Ausnahmen für die Uebergangszeit: Art. 208 EG.).

Das OLG. München hat in einer Entscheidung vom 15. 11. 00 hervorgehoben, daß für die nach dem 1. 1. 00 eintretende Erbfolge das Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem unehelichen Kinde und den Verwandten der Mutter desselben maßgebend sei, und daß nichts darauf ankomme, ob die die Verwandtschaft zwischen Erblasser und Erben vermittelnde Person vor oder nach Inkrafttreten des BGB. fortgefallen ist. OLG. **2** 25.

Ein vor dem 1. Januar 1900 geborenes uneheliches Kind tritt in jedem Falle nach diesem Zeitpunkt in die Familie der Mutter, es müßte denn vorher gestorben sein. Mantey 17 f.

§ 1706. Kollrack 69 führt aus: Der Wortlaut der Bestimmung könnte nach Opet, Verwandschaftsrecht, zu Zweifeln führen, ob das uneheliche Kind einer zum zweiten Male verheiratheten Mutter den Familiennamen des ersten Mannes, oder den von der Mutter vor ihrer ersten Eheschließung geführten Familiennamen erhält: denn diese beiden Familiennamen hatte die Mutter vor der Verheirathung mit dem zweiten Manne geführt. Aus dem besprochenen Grundsatze folgt jedoch, daß der Familienname des Kindes nur der jener Familie sein kann, der die Mutter kraft Abstammung oder Adoption angehört. Das uneheliche Kind hat deshalb den Familiennamen seiner Mutter zu führen, da der erste Mann in gar keinem Verhältnisse zu dem betreffenden Kinde stand.

Er hebt ferner (92) hervor, daß das Adelsprädikat in Preußen Standesabzeichen, nicht Bestandtheil des Namens ist (§ 641 II. 2 ALR), daß daher das uneheliche Kind der einen adligen Familiennamen führenden Mutter das Adelsprädikat nicht erhält. Vgl. hierzu oben zu § 12 „Adelsprädikate“ (9) u. unten § 1758.

Das Erforderniß der Abgabe gegenüber der zuständigen Behörde besteht nach dem Wortlaute des § 1706 nur für die Namenserklärung des Ehemanns der Mutter, nicht auch, wie die Mehrzahl der Ausführungsgesetze annimmt, für die Einwilligungserklärungen der Mutter und des Kindes. Diese sind in öffentlich beglaubigter Form abzugeben; für ein geschäftsunfähiges Kind ist die Einwilligungserklärung vom Vormunde, für ein beschränkt geschäftsfähiges Kind ist sie von ihm selbst mit Zustimmung des Vormundes oder von diesem abzugeben. Sartorius 197.

Brettner entwickelt im CBlFrG. 2 477 die Entstehung der im § 1706 erwähnten Wohlthat und bemerkt gegen Planck, daß die Namensänderung nach dem Tode der Mutter ausgeschlossen sei.

Ruhstrat, DJZ. **98** 223 bezieht den Abs. 2 lediglich auf den Fall, daß eine verheirathete oder verheirathet gewesene Frau ein uneheliches Kind gebiert, so daß die Namensbeilegung an das uneheliche Kind nur erfolgen darf, wenn die Frau des Mannes das Kind gebiert, nicht aber auch, wenn das Kind vor der Verheirathung geboren war. — Dagegen Neumann, DJZ. **98** 265 und Krückmann, 24. DJT. 152 N. 2.

Die Gerechtsame des Abs. 2 stellt sich dar als eine auf die Verschwägerung zwischen dem unehelichen Kinde und dem Ehemanne seiner Mutter gegründete, kraft Gesetzes dem Manne ausnahmsweise zugestandene Befugniß, den familiären Beziehungen zu diesem Kinde ohne Begründung eines Aszendentenverhältnisses durch Verleihung seines Familiennamens einen sichtbaren Ausdruck zu geben. Die Bestimmung ist eine Anomalie; daher giebt es keine analoge Ausdehnung bezüglich der unehelichen Kinder einer Wittwe; ebensowenig darf das uneheliche Kind etwa entsprechend dem § 1758 BGB. dem neu erworbenen seinen ihm nach § 1706 BGB. früher anhaftenden Namen hinzufügen. Ramdohr, Gruchots Beitr. **43** 40—43.

Die Zulässigkeit der Namensänderung für ein uneheliches Kind bezieht sich sowohl auf den Fall, daß die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes verheirathet war, als auf den, wenn sie sich später verheirathet. Jastrow Th. II 235 f. Für Preußen vgl. MinBl. d. i. V. **01** 72 und 146.

§ 1707. Die Mutter, der das Recht und die Pflicht obliegt, für die Person des Kindes zu sorgen, ist befugt und verpflichtet, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Der Vormund hat die Aufgabe, die Mutter zu unterstützen, die Erziehung zu überwachen und dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, falls ein Eingreifen desselben erforderlich

erscheint. Das Recht der Mutter kann gemäß § 1666 beschränkt oder entzogen werden, wenn das leibliche oder geistige Wohl das Kindes es erheischt. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **21** 314.

Die religiöse Erziehung bestimmt der Vormund, nicht die Mutter, soweit Landesgesetze nicht Abweichendes vorschreiben. Hirsch 13.

§ 1708. 1. Der Grund der Rechte des Kindes gegen den unehelichen Vater ist die Vaterschaft. Daher kommt es auf die Zurechnungsfähigkeit des Vaters nicht an. Für die Unterhaltspflicht ist es gleichgültig, ob das Kind bedürftig und der Vater leistungsfähig ist. Mantey 30.

Wenn das Kind erst nach Vollendung des 16. Jahres außer Stand gesetzt wird, sich zu unterhalten, tritt die Alimentationspflicht des natürlichen Vaters nicht ein (31).

Der über das 16. Jahr hinausgehende Unterhaltsanspruch ist passiv unvererblich. Ob die Gebrechen vom Kinde verschuldet sind, ist unerheblich (31, 32).

Die Alimente können der Höhe nach wechseln, wenn sich die Lebensstellung der Mutter oder das Entwicklungsstadium des Kindes ändern (34).

Die frauduloſe Wahl eines theureren Wohnorts durch die Mutter ist unzulässig. Gebrechen des Kindes sind bei der Bemessung der Rente zu berücksichtigen (35).

2. Der Rechtsgrund der Ansprüche des Kindes gegen den außerehelichen Erzeuger ist Blutsverwandtschaft, deren Nachweis durch den Verkehr der Mutter mit mehreren Männern unmöglich wird, weshalb z. B. auch im Falle eines deliktischen Beischlafs der Delinquent die exceptio plurium des § 1717 geltend machen kann. Weidlich, a. a. O. 36ff., 39ff.

Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes an den Vater wird, da er nicht familienrechtlicher Natur ist, sondern vom BGB, wie sich insbesondere auch aus §§ 1711 und 1712 ergiebt, als solcher aus einem Schuldverhältnisse behandelt wird und weil er von der Bedürftigkeit des Kindes unabhängig ist, durch Annahme des Kindes an Kindesstatt nicht berührt. Vielmehr hat der Vater seiner Pflicht zur Rentenzahlung unverändert fort zu genügen, gleichgültig ob der Annehmende auf Grund seiner Unterhaltspflicht dem Kinde den standesgemäßen Unterhalt vollständig gewährt oder nicht.

Die vom unehelichen Vater zu zahlende Rente wird Eigenthum des Kindes und ist vom Annehmenden gleichwie anderes Vermögen des Kindes zu verwalten. Ob dem Annehmenden daran auch die Nutznießung zusteht, richtet sich nach den Bestimmungen des Adoptionsvertrags (§ 1767.). Schmidt 111 Anm. 20.

3. Hirsch 20ff.: Der Vater, nicht auch die Verwandten des Vaters, wohl aber die Erben des Vaters haften. Der Anspruch steht dem Kinde zu, nicht der Mutter; deren Ansprüche sind besonders geregelt. Nur für das Kind, nicht auch für etwaige Deszendenz desselben, hat der Vater den Unterhalt zu bestreiten. Die Größe der Unterhaltsbeiträge ist gegenüber den früheren Landesgesetzen beträchtlich erhöht, da nicht mehr bloß nothdürftiger Unterhalt zu reichen ist. Die Höhe der Beträge kann für die Gesammtdauer in einem gleichmäßigen Durchschnittsbetrag, oder für die einzelnen Altersperioden verschieden bestimmt werden. Nachträgliche Abänderung der Beträge ist zulässig (§ 323 CPO.). Zukünftige Alimente können im Konkurse nicht angemeldet werden (§ 3 Abs. 2 Konk.O.). Andere Gründe der Hülfsbedürftigkeit beim Schlusse des 16. Lebensjahrs als körperliche und geistige Gebrechen begründen nicht die Weiterhaftung des Vaters; bloß vorübergehende Krankheiten fallen nicht unter den Begriff der Gebrechen.

Die Unterhaltspflicht lebt nicht wieder auf, wenn die körperlichen und geistigen Gebrechen, in Folge deren das Kind außer Stande ist, sich selbst zu

unterhalten, erst nach Vollendung des 16. Lebensjahrs eintreten. Süßheim, Altersstufen 65.

Zu §§ 1708—1713 bemerkt Franz, Seuff.Bl. **66** 243: Der Prozeßrichter ist nicht berechtigt, neben der Rente für den Unterhalt noch außerdem eine Verpflichtung des unehelichen Vaters zur Zahlung von Schul- und Lehrgeld, von Kosten der Erkrankung und Beerdigung auszusprechen. Als Fälligkeitstag der Rente ist nicht der Quartalserste anzunehmen, sondern der Geburtstag des unehelichen Kindes und die in Abständen von 3 Monaten diesem entsprechenden Monatstage.

4. Aus der Praxis. In mehrfachen Entscheidungen (vgl. DJZ. **00** 118, OLG. **2** 89, **4** 409) hat das KG. ausgesprochen, daß das Recht des natürlichen Vaters aus § 622 II. 2 ALR., die Verpflegung des über 4 Jahre alten Kindes selbst zu übernehmen, in Ansehung der vor dem 1. 1. 00 geborenen unehelichen Kinder bestehen geblieben ist. Vgl. auch OLG. **3** 1 (KG.).

In OLG. **4** 416 hat das KG. ausgeführt, daß der unehelichen Mutter aus einem von ihr und dem Vormunde des Kindes mit dem Erzeuger des letzteren unter der Bedingung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abgeschlossenen Vergleiche über die Alimentation des Kindes und Entbindungskosten der Mutter ein Anspruch nicht zustehe, wenn das Kind vor der gerichtlichen Genehmigung stirbt.

Das Vormundschaftsgericht kann den benannten Erzeuger über Anerkennung der Vaterschaft vernehmen und gegebenen Falles seine Erklärung in Form einer vollstreckbaren Urkunde protokollieren. OLG. Köln, CBlFrG. **2** 428.

Bezüglich der Werthsberechnung steht das KG auf dem Standpunkte, daß regelmäßig der in der Klage neben dem Unterhaltsanspruche gestellte Antrag auf Anerkennung der Vaterschaft keine selbständige Bedeutung habe und demgemäß vom Kostenstandpunkte nicht besonders in Rücksicht zu ziehen sei. Jedoch könne auch im einzelnen Falle aus dem Inhalte der Klage sich ergeben, daß wirklich ein selbständiger Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft erhoben ist. Zu berücksichtigen sei, daß die Feststellung der Vaterschaft gegenüber dem unehelichen Kinde Erheblichkeit hat bei der Legitimatian durch nachfolgende Ehe §§ 1718, 1720, bezüglich des Ehehindernisses § 1310 Abs. 3, ferner bezüglich der Beerdigungskosten § 1713 Abs. 2, ferner im Falle des § 1708 Abs. 2 BGB. — § 850 Abs. 4 CPO. ist in Betracht zu ziehen. KGBl. **02** 70.

Entsprechend sind die Gerichtskosten für einen gerichtlichen Vertrag, in dem der Erzeuger die Vaterschaft und Unterhaltungspflicht anerkennt, zu berechnen. OLG. **4** 395 (KG.).

Rückständige Alimente sind neben den laufenden nach § 9a GKG. gesondert in Ansatz zu bringen. OLG. **4** 262 (KG.).

Ueber die Höhe der Alimente lautet nach KGBl. **00** 103 die Auskunft des Gewerbekommissariats dahin, daß im 1. Lebensjahre monatlich 20 M., im 2. u. 3 18 M., im 4.—6. 15 M. und vom 6. ab wieder 18 M. angemessen seien.

§ 1709. Verklagt das Kind die Mutter vor dem Vater, so steht der Mutter die Einrede der Vorausklage zu. Hirsch 32.

Der uneheliche Vater kann nicht auf Antrag des Armenverbandes im Administrativverfahren zur laufenden Unterstützung des Kindes gezwungen werden. Mantey 39.

Die durch cessio legis auf die Mutter oder deren Verwandte übergegangene Alimentenforderung ist nunmehr pfändbar, aber auch verpfändbar und übertragbar. Für sie kann Lohn und Pension des Vaters wie vor dem Uebergange gepfändet werden (40).

Hat der Armenverband das Kind unterstützt, so kommt § 62 Gesetz über den Unterstützungswohnsitz zur Anwendung trotz §§ 412, 400 BGB., Art. 32 EG. (42).

Hat ein Dritter den Unterhalt gewährt, so hat er Ansprüche aus der Geschäftsführung nach §§ 683, 670 BGB. Verjährung: dreißig Jahre (41), in den Fällen §§ 196 Nr. 7, 12: zwei Jahre (42).

Gemäß Abs. 2 Satz 2 des Paragraphen kann der uneheliche Vater dem Kinde nicht die Aktivlegitimation bestreiten, weil es von der Mutter oder deren Verwandten unterhalten sei, es müßte denn von diesen Klage erhoben sein (43).

Abs. 2. Neben dem kraft Gesetzes übergegangenen Anspruche der Mutter oder der mütterlichen Verwandten des unehelichen Kindes gegen den Vater bleibt das aus dem etwaigen besonderen Rechtsverhältnisse zwischen Verpfleger und Vater folgende Rückgriffsrecht bestehen und kann von beiden Seiten herangezogen werden. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse 202ff., Mantey, Gruchots Beitr. **42** 547ff. Letzteres Rückgriffsrecht unterliegt der ordentlichen Verjährung, sofern nicht der Unterhalt dem unehelichen Kinde durch Aufnahme desselben zur Verpflegung und Erziehung gewährt ist, in welchem Falle zweijährige Verjährung eintritt. Der kraft Gesetzes übergegangene Anspruch verjährt in vier Jahren, und die Verjährung beginnt in diesem Falle mit Fälligkeit des Unterhaltsbeitrags, ohne daß vorgängige Feststellung der Höhe des Beitrags nöthig wäre. Mantey 151ff.; a. A. Josef, Gruchots Beitr. **42** 7, 9 Anm. 13.

§ 1710. Die Rückforderung der für mehr als ein Vierteljahr entrichteten Renten wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist zulässig. Doch ist Kompensation mit dieser Forderung gegen weitere Renten ausgeschlossen, ebenso die Rückforderung, wenn der Vater wußte, daß er zur Leistung nicht verpflichtet. Mantey 45.

Will der Vater dem Kinde statt der Geldrentenzahlung Naturalverpflegung gewähren, so bedarf er vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung. Hirsch 34.

§ 1711. Zur Nachforderung berechtigt ist das Kind, soweit § 1709 Abs. 2 zutrifft, die dort bezeichneten Personen. Ansprüche Dritter aus Geschäftsführung sind nicht ausgeschlossen. Hirsch 37.

§ 1712. Zu Abs. 2 führt Boschan 114 aus: Die Bestimmung des Abs. 2 hat ihren Grund in der Erwägung, daß auch das eheliche Kind mehr als seinen Pflichttheil bei dem Tode des Vaters nicht zu beanspruchen hat (Prot. IV 684). Andererseits hat aber der Anspruch des unehelichen Kindes seinen Rechtsgrund in der Unterhaltspflicht des Vaters, und es können daher die Bestimmungen über den Pflichttheil auf die Abfindung nicht ohne Weiteres zur Anwendung kommen. Insbesondere ist eine Bestimmung des Vaters, daß sich das Kind eine ihm durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gemachte Zuwendung auf die Abfindungssumme anzurechnen habe (§ 2315), nicht zulässig. Ebensowenig darf ein dem Kinde gemachtes Geschenk (§ 2327) auf die Abfindungssumme angerechnet werden. Im Nachlaßkonkurs endlich steht der Abfindungssumme nicht der im § 226 Abs. 2 Ziff. 4 der KO. bestimmte ungünstige Rang zu.

Sind mehrere uneheliche Kinder vorhanden, so wird die Abfindung so berechnet, wie wenn sie alle ehelich wären, auch wenn etwa nur einem Kinde die Abfindungssumme gezahlt werden soll.

Das Wahlrecht des Erben fällt fort, wenn der Vater eine Vereinbarung über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine Abfindung getroffen hatte. Diejenigen Raten, welche z. Zt. des Todes des Vaters fällig waren, können durch Zahlung des Pflichttheils nicht abgegolten werden. Mantey 54.

Ein Anspruch des Kindes gegen den, der des Vaters Tod verschuldet, existirt nicht. Arg. §§ 844 Abs. 2 u. 1712 Abs. 1. Mantey 55.

Wenn der Erbe von dem Abfindungsrechte des Abs. 2 keinen Gebrauch macht, haftet er in gleichem Umfange wie der Vater, soweit nicht eine Beschränkung der Haftung nach §§ 1975 ff. eintritt. Hirsch 38.

Das bisherige Erbrecht unehelicher Kinder gegen ihren Erzeuger ist beseitigt, mag es auch durch rechtskräftiges Urtheil anerkannt gewesen sein. OLG. **2** 2, 119 (KG.).

§ 1713. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Unterhaltsanspruchs hat nach Mantey, Gruchots Beitr. **42** 557 Anm. 7 selbst die Natur eines Unterhaltsanspruchs.

Die Beerdigungskosten (Abs. 2) richten sich nach dem Stande der Mutter; sie umfassen nicht bloß die Auslagen für Grab und Sarg, sondern auch für Todtenwache, Sterbekleidung, Schmückung der Bahre und des Grabes, Leichenbegängniß, Leichenrede, Grabstein und — wo landesüblich — auch Leichenschmaus. Hirsch 41.

§ 1714. Nach Süßheim, Altersstufen 66 gehört nicht hierher der Fall der Vereinbarung einer Abfindung für rückständige Alimente.

Verträge zwischen Vater und Mutter präjudiziren, wie Hirsch 45 hervorhebt, den Ansprüchen des Kindes nicht. Auch vor Gericht geschlossene Vergleiche bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Der auf Grund einer Vereinbarung über Unterhaltsabfindung gezahlte Geldbetrag wird Eigenthum des Kindes. Als Bestandtheil dessen Vermögens unterliegt er der Verwaltung des Vormundes, jedoch mit der sich aus seiner Bestimmung ergebenden Besonderheit, daß nicht nur die Nutzungen, sondern auch das Kapital selbst zum Unterhalte des Kindes während der Zeit der Unterhaltspflicht des Vaters verbraucht werden dürfen und auf diese Zeit entsprechend zu vertheilen sind. Reicht bei einer solchen Vertheilung der allvierteljährlich von der Abfindungssumme einschließlich ihrer Nutzungen für den Unterhalt des Kindes verfügbare Betrag nicht aus, so haben die nächsten Unterhaltspflichtigen bzw. die Armenbehörde das Fehlende zu gewähren, unbeschadet ihres Rechtes, aus dem beim Tode des Kindes nicht verbrauchten Theile der Abfindungssumme sich schadlos zu halten. Schmidt 65 unter II.

Bei der Gewährung einer Abfindungssumme besteht in der Regel die Absicht, alle Verpflichtungen, also auch die Unterhaltspflicht im Falle der Erwerbsunfähigkeit des Kindes gemäß § 1708 Abs. 3, abzulösen; daher hat das Gericht zu prüfen, ob der körperliche oder geistige Zustand des Kindes eine solche Unfähigkeit befürchten läßt und unter Berücksichtigung des Umstandes die Summe angemessen erscheint. Schultheis 123.

Eine Vereinbarung zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung selbst dann, wenn das Kind von Dritten an Kindesstatt angenommen ist. Dronke 110.

§ 1715. Der der unehelichen Mutter gegen den Vater ihres Kindes zustehende Anspruch auf Ersatz der Sechswochenkosten ist als ein „gesetzlicher Entschädigungsanspruch" gemäß § 57 Abs. 4 KVG. anzusehen. Für die der Mutter von der Krankenkasse während des Wochenbetts gewährte Unterstützung, da ein „Wochenbett" als Krankheitsfall anzusehen ist, geht daher jener Anspruch gegen den Vater nach § 57 Abs. 4 KVG. auf die Krankenkasse über. Mothes, R. **02** 318. Dagegen Hahn, R. **02** 343.

Weidlich a. a. O. 39 bemerkt zu Abs. 1: Es fällt diese Verpflichtung nicht unter den Gesichtspunkt der Alimentirung oder des Schadensersatzes, sondern rechtfertigt sich nur als gesetzlich statuirte Kausalitätshaftung.

Mantey 64. Voraussetzung des Anspruchs ist, daß ein Kind geboren ist, sei es auch Fehl- oder Frühgeburt, nur keine Mole. Die Kosten einer durch die Entbindung verursachten Krankheit sind über die sechs Wochen hinaus vom Schwängerer zu tragen, nicht aber die Begräbnißkosten, falls die Mutter in

Folge der Entbindung stirbt (65). Der Anspruch ist kein Unterhaltsanspruch, daher pfändbar (67). Die besonderen Ansprüche der geschwangerten Braut, der Verführten von 14—16 Jahren, sind beseitigt. Sie bestehen aber über den 1. 1. 00, wenn die Entbindung vor diesem Tage erfolgt ist (69).

Die Beerdigungskosten der im Wochenbette verstorbenen Mutter eines unehelichen Kindes ist der Schwängerer nicht zu tragen verpflichtet. Unter Berufung auf die Mot. IV 910 Mumm 253, 253; ebenso Spahn 135; a. A. Planck.

Der Anspruch der Mutter gegen den unehelichen Vater geht kraft Gesetzes auf die Krankenkasse über, welche Wöchnerinnenunterstützung gewährte, aber nur, solange nicht gutgläubig getilgt wurde, weshalb die Sicherung aus § 1716 geboten ist. Hilse, Mitth. f. prakt. Arbeiterverf. 79.

Nach Hirsch 49 ist Voraussetzung des Anspruchs aus § 1715 ein, wenn auch nur begonnener Akt der Geburt einer lebensfähigen Frucht; bei Fehlgeburten ist nach den Motiven der Anspruch ausgeschlossen, nicht aber bei Todtgeburten. Erstattungsfähig ist auch entgangener Lohn oder Gehalt wegen in Folge Schwangerschaft nothwendig gewordener Lösung eines Dienstverhältnisses. Ebenso Planck, Dernburg, Fischer-Henle.

Das OLG. Stettin hat (OLG. 4 353) dagegen entschieden, daß die Mutter den Schaden, den sie dadurch erlitten hat, daß sie in Folge der Schwangerschaft einen einträglichen Dienst nicht hat antreten können, vom Erzeuger ihres Kindes nicht ersetzt verlangen kann. Ebenso Neumann Handausg. Anm. 1 zu § 1715.

§ 1716. Die hier bezeichneten Ansprüche müssen vor der Geburt des Kindes geltend gemacht werden; nach der Geburt ist die Geltendmachung im Wege der einstweiligen Verfügung ausgeschlossen, weil von diesem Zeitpunkt ab die ordentlichen Rechtsbehelfe (Klage, event. Arrest) zur Verfügung stehen. Der Zweck der Bestimmung geht dahin, für die unbemittelte Kindesmutter einen außerordentlichen Rechtsbehelf zu schaffen, wodurch ihr die Möglichkeit geboten wird, schon vor ihrer Niederkunft und mit Rücksicht auf die zu erwartende Geburt des Kindes für die Bereitstellung der erforderlichen Mittel durch den außerehelichen Vater zu sorgen; auf die Mithülfe dritter Personen sollen Mutter und Kind nicht angewiesen sein. Alexander 343.

Hellwig, Anspruch u. Klagrecht 380 bemerkt, der Anspruch werde geltend gemacht als Forderung auf künftige Leistung, er sei aber sofort vollstreckbar als Anspruch auf Hinterlegung.

Glaubhaftmachung der Vaterschaft genügt. Hirsch 59.

§ 1717. 1. Die Mutter kann über die Thatsache, daß der Beklagte ihr innerhalb der Empfängnißzeit beigewohnt habe, in dem vom Kinde geführten Prozesse als Zeugin vernommen, auch beeidigt werden; ebenso ist die Eideszuschiebung über diese Thatsache zulässig. Türcke-Riedenführ-Winter IV 380 Anm. 3 gegen Keidel R. **02** 481. Vgl. auch **RG. 20** 393 u. DJZ. **02** 73.

Hirsch 63 ff.: Die Thatsache, daß eine Beiwohnung in der Empfängnißzeit stattfand, begründet die Vermuthung der Vaterschaft bis zum Beweise der mehreren Beiwohner oder der Unmöglichkeit der Empfängniß; dagegen ist ein Gegenbeweis gegen den Rechtssatz, daß eine Beiwohnung in der Zeit vom 181. bis 302. Tage als kausal zu gelten hat, unzulässig. — Beiwohnung ist eine Geschlechtsvereinigung, welche eine Befruchtung herbeizuführen geeignet ist; ob eine Vereinigung stattfand, welche abstrakt im Stande ist, eine Befruchtung zu bewirken, ist nöthigenfalls durch ärztlichen Ausspruch festzustellen; vollständige Vereinigung der Geschlechtstheile ist nicht zu erfordern; der Einwand, es habe zwar eine Einführung der Ruthe stattgefunden, aber es sei zu keiner

emissio seminis in vaginam gekommen, oder es seien Vorbeugungsmittel angewandt, der Akt sei nicht vollendet worden u.s.w., ist nicht zu beachten. Zeugungsfähigkeit ist nicht Begriffsmerkmal der Beiwohnung; der Mangel derselben kann aber als Beweis für offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung verwerthet werden (diese beiden Sätze sind nicht, jedenfalls nicht für die Frage der Beweislast, gleichbedeutend). Der Beweis, daß eine Beiwohnung unmöglich befruchtend gewesen sei, ist sowohl zulässig bezüglich einer vom Beklagten vollzogenen Beiwohnung, als bezüglich einer einredeweise geltend gemachten Beiwohnung eines anderen Beiwohners. — Der Beweis, daß die Beiwohnung des Beklagten nicht kausal, oder daß die einredeweise geltend gemachte Beiwohnung eines Dritten nicht kausal gewesen sei, kann insbesondere auch aus dem Reifegrad des Kindes geführt werden. Ebenso ist die Vaterschaft des Beklagten ausgeschlossen, wenn erweislich ist, daß die Mutter zur Zeit der Beiwohnung schon schwanger war. Als Zeitpunkt der Geburt gilt der Augenblick, in welchem das Kind, bei mehreren das letztgeborene, den Mutterleib verlassen hat. Der Schalttag wird, wie jeder andere Tag, mitgezählt. Vgl. auch Hirsch R. **01** 490 (gegen Heymann, das. **00** 514).

2. Für die Berechnung der Empfängnißzeit ist es bei Zwillingsgeburten so anzusehen, als ob mit der Geburt des ersten Kindes auch die des zweiten vollendet wäre. Tag der Geburt ist derjenige, an welchem die Trennung vom Mutterleibe erfolgt. Mantey 75.

Die im § 1717 aufgestellte Empfängnißzeit ist nicht unter allen Umständen maßgebend. Sie ist eine Vermuthung, welche durch den Nachweis widerlegt werden kann, daß eine verlängerte Schwangerschaft, wie sie (der Gynäkologe) Olshausen für möglich hält, vorliege und die Mutter zeitlebens überhaupt keinen anderen Geschlechtsverkehr oder einen solchen so lange vor der Geburt gehabt habe, daß er nicht in Betracht käme. Brettner, R. **00** 456 ff.

Hiergegen Engelmann, daselbst **00** 488. Er beruft sich auf die Entstehung des Gesetzes. Der Entwurf 1 wollte der gesetzlichen Fixirung der Empfängnißzeit sowohl für die eheliche als die uneheliche Vaterschaft absolute Kraft beilegen. Die 2. Kommission hat jedoch mit Rücksicht auf die Familie dem § 1598 einen 2. Absatz beigefügt, nach welchem ein selbst vor dem 302. Tage empfangenes Kind als ehelich gilt. Eine analoge Bestimmung hat aber der § 1717 für uneheliche Kinder nicht.

Spahn sagt (130) zu § 1717: Eine gegen Dritte wirkende Feststellung der unehelichen Vaterschaft ist unmöglich: sie erfolgt weder durch die Verurtheilung des Vaters noch durch dessen Anerkennung. Diese schließt den Nachweis nicht aus, daß der Vater der Mutter in der Empfängnißzeit nicht beigewohnt oder das Kind offenbar nicht erzeugt habe. Als Vater des unehelichen Kindes kann nur in Anspruch genommen werden, wer innerhalb der gesetzlichen Empfängnißzeit der Mutter beigewohnt hat. Eine entsprechende Anwendung des § 1592 Abs. 2 BGB., wonach der Nachweis der früher stattgehabten Empfängniß zulässig ist, muß in Ansehung des unehelichen Kindes, wie im gemeinen und den meisten früheren Rechten, als unzulässig erachtet werden. OLG. **4** 407 (Braunschweig).

Die Einrede, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß die Mutter das Kind aus einer bestimmten bewiesenen Beiwohnung empfangen habe, steht sowohl dem in Anspruch Genommenen zu, wenn ihm nachgewiesen ist, daß er der Mutter in der Empfängnißzeit beigewohnt hat, als auch dem Kinde der exceptio plurium gegenüber. Zu diesen Einreden würde z. B. der Nachweis der Zeugungsunfähigkeit oder der nicht erfolgten immissio seminis fallen, Einreden, über die das BGB. schweigt, die aber, wenn sie thatsächlich erwiesen werden, durchdringen müssen (dagegen Kuhlenbeck 290). Der Einwand der Unzu-

rechnungsfähigkeit kann dagegen keine Beachtung finden, weil der Unterhaltsanspruch auf der Vaterschaft als solcher beruht. Türcke-Riedenführ-Winter IV 380 Anm. 5.

3. Zum Beweise der exceptio plurium concumbentium reicht zwar nicht der Nachweis der bloßen Bescholtenheit der Mutter, wohl aber der Nachweis aus, daß sie eine offenkundige Dirne ist. Enneccerus-Lehmann 390.

Der Beweis für die exceptio plurium liegt dem Kinde, bzw. für ihre Ansprüche der Mutter ob. Mutter und Kind können als Streitgenossen klagen, da sie aus demselben thatsächlichen Grunde berechtigt sind. Diese Streitgenossenschaft ist jedoch keine nothwendige im Sinne des § 62 CPO. Beide Prozesse sind unabhängig von einander, es kann daher zum Beweise der exceptio plurium nicht der Mutter mit Wirkung auf die Ansprüche des Kindes der Eid zugeschoben oder auferlegt werden; die Mutter würde sonst durch einen in ihrem Belieben stehenden Eid über einen fremden Prozeß entscheiden. Um zu einem praktischen Resultate zu gelangen, empfiehlt es sich für den Richter, die gemeinsam anhängig gemachten Prozesse zu trennen und die Mutter in dem Prozesse des Kindes als Zeugin zu vernehmen. Einer späteren Wiederverbindung der Prozesse steht nichts im Wege. Weidlich, a. a. O. 44 ff.

4. Die „Unmöglichkeit der Empfängniß" kann sowohl zur Abwehr der exceptio plurium als auch als Vertheidigungsmittel des angeblichen Schwängerers dienen. Mantey 77/81.

§ 1718. Die Anerkennung hat die Natur eines einseitigen Rechtsgeschäfts und kann demnach von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten nur mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erklärt werden. Zuständig zur Beurkundung ist außer den Notaren und Amtsgerichten von Reichswegen der Standesbeamte des Heirathsregisters, wenn die Anerkennung bei der Eheschließung erfolgt, sonst der Standesbeamte des Geburtsregisters, ohne Unterschied, ob sie bei oder nach der Anzeige der Geburt erfolgt. Sartorius 180.

Hirsch 79: Die Anerkennung hat nur den Verlust der Einrede der mehreren Beiwohner zur Folge, benimmt aber dem Beklagten keine andere Einrede und hindert ihn noch nicht, seine eigene Beiwohnung oder deren Kausalität zu bestreiten.

Trotz des Anerkenntnisses sind andere Einreden als die exceptio plurium möglich, z. B. es habe eine Beiwohnung nicht stattgefunden oder nicht zur Empfängniß führen können.

Das Anerkenntniß enthält einen Verzicht auf die exceptio plurium, kann daher nur von Verpflichtungsfähigen, sonst mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder von letzterem allein für den unfähigen Mündel abgegeben werden.

Das Anerkenntniß kann auch in einem mündlich vor der zuständigen Behörde errichteten Testament abgegeben werden und wird dann durch Widerruf, Rücknahme des Testaments nicht berührt. Mantey 87—89.

In OLG. **4** 220 (Hamm) ist hervorgehoben, daß die Anerkennung der Vaterschaft seitens eines minderjährigen Erzeugers der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bedarf.

Das Oberste LG. München hat im Urtheile vom 6. 8. 01 (OLG. **2** 397) Folgendes ausgeführt: Erkennt ein Minderjähriger bei der Anzeige der Geburt eines unehelichen Kindes seine Vaterschaft an, so darf der Standesbeamte die Beurkundung nicht wegen der Minderjährigkeit des Anzeigenden ablehnen. Die Anerkennung ist zwar nicht das einfache Geständniß einer Thatsache, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, da in der Anerkennung die Willenserklärung liegt, die aus der Beiwohnung entstehenden privatrechtlichen Folgen auf sich zu nehmen. Allein der Standesbeamte wirkt nicht zur Begründung rechtswirksamer Rechts-

verhältnisse mit, sondern nur zur Entgegennahme der Erklärung (RG. Str. **20** 15) als Urkundsperson. Ob die abgegebene Erklärung rechtswirksam ist oder nicht, ist erst nach bürgerlichem Rechte zu würdigen, wenn ihre Rechtswirksamkeit in Streit gezogen wird.

Siebenter Titel.

Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. Durch die Eheschließung (und durch § 1736) erhält das legitimirte Kind den Familiennamen des Vaters ohne Weiteres. Kollrack 71.

Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn die Ehelichkeit des Kindes von dem ersten Ehemanne der Mutter mit Erfolg bestritten wurde und die Mutter nach Auflösung ihrer ersten Ehe durch Scheidung oder den Tod des ersten Mannes den natürlichen Vater des Kindes heirathet.

Der Legitimation des Kindes durch nachfolgende Ehe steht die bereits vorgenommene Ehelichkeitserklärung nicht entgegen. Süßheim a. a. O. 585.

Wie das KG. (OLG. **1** 189) ausgeführt hat, erlangt ein uneheliches Kind durch eine nach dem 1. 1. 00 erfolgte Anerkennung, wenn sie zu einer vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehe hinzutritt, die Stellung eines ehelichen Kindes nicht, weil seit dem 1. 1. 00 die Stellung eines ehelichen Kindes nur durch einen vom BGB. vorgesehenen Rechtsakt erlangt werden kann.

§ 1720. Das OLG. Colmar hebt hervor, daß die Rechtsvermuthung des § 1720 Abs. 2 eine absolute, Jedermann zu Gute kommende sei. Puchelts Z. **32** 182.

Wenn die Erklärung des Ehemanns über seine Vaterschaft sich als unwahr herausgestellt hat, so ist das Geburts- und das Heirathsregister entsprechend zu berichtigen. OLG. **2** 2, 399 (KG.).

§ 1721. Hierfür giebt Boschan 106 folgendes Beispiel: Der Vater eines unehelichen Kindes hat mit dessen Mutter die Ehe geschlossen, später ist aber die Ehe für nichtig erklärt, weil der Ehemann, was er bei der Eheschließung verschwiegen hatte, noch in einer anderen gültigen Ehe lebte. In diesem Falle steht das Kind bis zur Eheschließung seiner Eltern unter Vormundschaft, von da ab tritt es in die elterliche Gewalt der Mutter (§ 1701 Satz 2), da der Vater die elterliche Gewalt nicht erwerben konnte und die von ihm in Ausübung der elterlichen Gewalt etwa vorgenommenen Rechtshandlungen nichtig sind. Nach dem Tode der Mutter tritt das Kind wieder unter Vormundschaft.

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1723. Eine Uebersicht über die Zuständigkeit giebt Sartorius 192.

Die Ehelichkeitserklärung des Kindes wird weder durch dessen Annahme an Kindesstatt seitens eines Dritten, noch durch die Alimentationspflicht eines Anderen ausgeschlossen, das Kind behält auch nach der Ehelichkeitserklärung den Namen seines Adoptivvaters bei. Bei Auflösung des Adoptivverhältnisses erhält es den Namen desjenigen, welcher es für sein eheliches Kind hat erklären lassen. Süßheim a. a. O. 585.

§ 1726. Fällt die Antragstellung auf Ehelichkeitserklärung vor die Vollendung des 21. Lebensjahrs, so bedarf es einer Zustimmung des Kindes dann, wenn die Ehelichkeitserklärung nicht ebenfalls vor Erreichung dieses Alters stattgefunden hat. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 70.

§ 1727. Eine Verweigerung liegt auch dann vor, wenn die Mutter trotz Aufforderung sich nicht erklärt. Daß sie aus egoistischen Gründen die Ein-

willigung weigert, genügt nicht, um deren Ersatz durch das Vormundschaftsgericht zu rechtfertigen. Schultheis 167.

§ 1728. Nach Boschan 124 ist durch § 1728 lediglich eine Vertretung im Willen, nicht in der Erklärung des Willens verboten.

Der Widerspruch des noch nicht 14 jährigen Kindes hindert gesetzlich nicht die Ehelichkeitserklärung, da der gesetzliche Vertreter die Einwilligung ertheilen kann; das Gericht wird dem Widerspruch aber unter Umständen Bedeutung beilegen. Schultheis 166.

§ 1729. Die Ehelichkeitserklärung ist ausgeschlossen, wenn der Vater gesetzlicher Vertreter des Kindes und geschäftsunfähig ist. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 59.

Das Vorhandensein der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, für welche eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist, hat das Vormundschaftsgericht zu prüfen; die Einwilligung der Frau des Vaters ist nicht dem Vormundschaftsgerichte nachzuweisen. Schultheis 165.

Der Umstand, daß die nachfolgende Ehe möglich ist, kann Grund sein, die obervormundschaftliche Genehmigung zu dem Antrage des Vaters zu versagen. Schultheis 165.

§ 1736. Das für ehelich erklärte Kind behält den durch die Ehelichkeitserklärung erworbenen Namen auch bei, wenn derjenige, dessen Namen es trägt, gestorben ist, und die uneheliche Mutter sich mit einem Dritten verehelicht, der erwiesenermaßen gleich dem Verstorbenen ihr während der Empfängnißzeit des Kindes beigewohnt hat. Süßheim, Gruchots Beitr. **43** 584.

Bei der Ehelichkeitserklärung sind Abreden unter den Eltern über den Verkehr zwischen Mutter und Kind, sei es gestattende oder verbietende, zulässig, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Jastrow Th. II 241.

Sofern das für ehelich erklärte Kind das natürliche Kind des Vaters ist, steht seiner Verheirathung mit der Frau des Vaters und der Verheirathung des früheren Ehegatten des Kindes mit dem Vater nach § 1310 Abs. 3 das trennende Ehehinderniß der Schwägerschaft im Sinne des § 1310 Abs. 1 und des § 1327 entgegen. Sartorius 255 f.

Heymann 48 bemerkt, daß mehrere uneheliche Kinder der gleichen Mutter vom gleichen Erzeuger trotz Ehelichkeitserklärung auch weiterhin zu einander im Halbgeschwisterverhältnisse stehen.

Achter Titel.

Annahme an Kindesstatt.

Literatur: Francke, ThürBl. 48 17: Auch nach BGB. kann Niemand sein eigenes Kind an Kindesstatt annehmen. — Keidel, Annahme an Kindesstatt, Seuff. Bl. **64** 409 ff. — Thiesing, A.civPr. **91** 429: Die Annahme eines unehelichen Kindes an Kindesstatt durch seine Mutter.

§ 1741. 1. Während Conrades, R. **00** 486, Francke, ThürBl. **48** 17 ff. und Sartorius 220 die Ansicht vertreten, daß Niemand sein eigenes Kind an Kindesstatt annehmen, daß also insbesondere die Mutter ihr uneheliches Kind nicht adoptiren dürfe, wird von Jastrow II 243 hervorgehoben, daß sowohl ein Mann wie eine Frau ihr eigenes uneheliches Kind adoptiren können, und von Mantey, R. **00** 537 unter Berufung auf die Motive IV. 968 die Ansicht vertheidigt, daß ein uneheliches Kind auch durch seine Mutter an Kindesstatt angenommen werden kann. Zustimmend Kockerols, R. **01** 131, Spahn 33, Türcke-Niedenführ-Winter IV. 397 N. 1 und Hess. Just. Min., HessRspr. **1** 20.

Ferner führt **Mantey**, R. **01** 228 aus: Nur eheliche Nachkommenschaft verhindert eine Annahme an Kindesstatt, nicht aber uneheliche. Vielmehr kann ein uneheliches Kind vom Vater wie von der Mutter adoptirt worden. Es erlangt so dem annehmenden leiblichen Elterntheile gegenüber eine Rechtsstellung, die es zu ihm bisher nicht hatte, indem es in vollem Umfang an Statt eines **ehelichen Kindes** tritt (§ 1757 Abs. 1). Die Adoption des unehelichen Kindes durch die eigene Mutter ist nicht etwa um deswillen unzulässig, weil die Mutter nach § 1747 ihre Einwilligung zu dem Adoptionsvertrage zu geben hat. Denn abgesehen davon, daß diese Vorschrift nur für Kinder unter 21 Jahren gilt, ertheilt die annehmende Mutter sich eben die Einwilligung selbst, nach dem Vorgange des § 1409 Satz 2; vgl. auch §§ 1306 Abs. 1 und 2, 1771 Abs. 1. Die Adoption des unehelichen Kindes durch den eigenen Vater wird nicht dadurch überflüssig gemacht, daß das BGB. eine Ehelichkeitserklärung kennt. Denn erstere ist an strengere Voraussetzungen geknüpft als letztere (§ 1750 Abs. 1 und § 1728 Abs. 2, § 1741 Satz 1, § 1746 Abs. 1); auch sind die Wirkungen beider Rechtsinstitute verschieden (§ 1737 Abs. 1 Satz 1 und § 1762 Satz 2 — §§ 1736 und 1759 — §§ 1768 ff.).

Thiesing, A.civPr. **91** 429 bemerkt hierzu: Eine Mutter kann ihr uneheliches Kind unter den Voraussetzungen der §§ 1741 ff. an Kindesstatt annehmen und dadurch die elterliche Gewalt über dasselbe erlangen. Dem steht § 1741 nicht entgegen, da als „eheliche Abkömmlinge" im Sinne dieses Paragraphen zwar auch **einige** (z. B. die durch nachfolgende Ehe Legitimirten), nicht aber **alle** diejenigen Personen zu gelten haben, denen die rechtliche Stellung ehelicher Kinder eingeräumt ist. So nicht die unehelichen Kinder gegenüber der Mutter. Denn stehen **sie** auch nach § 1705 zur Mutter rechtlich wie eheliche Kinder, so steht doch nicht die Mutter zu ihnen wie eine eheliche Mutter, da ihr die elterliche Gewalt fehlt. Aus dem gleichen Grunde ist auch das Bestehen des **natürlichen** Kindschaftsverhältnisses bedeutungslos, weil ein solches die **künstliche** Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses (Annahme an Kindesstatt) zwischen denselben Personen nur dann ausschließt, wenn es bereits mit vollen Rechtswirkungen ausgestattet ist.

Friedrichs hebt (DJZ. **01** 47) hervor, daß die adoptio plena des gemeinen Rechtes beseitigt ist und ein Großvater seinen Enkel nicht adoptiren kann.

Keidel a. a. O. **64** 409. Zur Annahme an Kindesstatt sind Personen beiderlei Geschlechts fähig. Eine Frau, welche nur uneheliche Kinder hat, kann wirksam an Kindesstatt annehmen; das Vorhandensein durch nachfolgende Ehe legitimirter sowie für ehelich erklärter Kinder hindert im Hinblick auf §§ 1719, 1736 BGB. eine Annahme. Stiefkinder sind keine ehelichen Kinder, weil sie mit den Stiefeltern nur verschwägert sind. Vorhandensein eines nasciturus ist kein Hinderniß und auch dessen spätere Geburt ohne Einfluß. Dagegen ist eine Annahme an Kindesstatt nichtig, wenn festgestellt wird, daß ein zur Zeit der Annahme für todt erklärter ehelicher Abkömmling damals noch lebte (410). Es können sowohl eheliche als uneheliche Kinder angenommen werden, erstere gleichviel, ob sie unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehen (412). Zum Antrag auf Bestätigung des Vertrags ist jeder der Vertragschließenden berechtigt (414).

2. a) Der rechtskräftig gewordene Annahmevertrag verändert ohne Weiteres (ipso jure) den Namen des Adoptivkindes, und zwar selbst dann, wenn dort von der Namenfrage gar nicht die Rede war. Die Befugniß zur Annahme des Doppelnamens charakterisirt sich als ein Mittel, wie das Kind seinen alten, angeborenen Familienverbindungen trotz der Entstehung späterer Kindesrechte gegenüber einer anderen Person eine gewisse Geltung und äußerlich wahrzunehmende

Erkennbarkeit verschafft. Den früheren Familiennamen allein darf das Kind nicht benutzen. Da der Adoptionname von nun an der Hauptname ist, so muß die frühere Benennung sprachlich nachgestellt werden. Zum Erwerbe des Doppelnamens bedarf es keiner Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde, wiewohl eine Eintragung in das Personenstandsregister (§ 26 Personenstands-Ges. vom 6. Februar 1875) bei diesbezüglichem Antrage keineswegs als ausgeschlossen erscheint. Die gesetzlichen Vorschriften betreffend die Namensführung des Adoptirten gelten indeß nur dann, wenn nicht im Annahmevertrag ein Anderes bestimmt war; eine solche Abrede kann dahin gehen, daß entweder dem Kinde die Hinzufügung des alten Namens nicht erlaubt oder daß es dazu verpflichtet ist. Derartige Bestimmungen haben absolut (für und gegen jeden Dritten) wirkende Kraft, aber nur dann, wenn sie einen Bestandtheil des Adoptionsvertrags bilden. Einem Vertrage, welcher unter dem Deckmantel eines Annahmevertrags lediglich auf den Erwerb des Namens des scheinbar Annehmenden seitens des angeblich Adoptirten abzielt, ist eine gleiche Bedeutung nicht zuzugestehen, sondern er kann höchstens inter partes wirken. Ramdohr, Gruchots Beitr. **43** 36—39.

b) Kollrack führt (50, 58) aus: Bei der Namensänderung durch Annahme an Kindesstatt kommen die §§ 1758 und 1722 in Betracht.

Es wird unter der Voraussetzung, daß eine gewerbsmäßige Annahme an Kindesstatt lediglich zum Zwecke der Namensänderung und dadurch möglichen Verdunkelung von Familienverhältnissen vorgenommen werden könnte, bei derartigen Anträgen eine darauf gerichtete Prüfung nothwendig sein. Ganz besonders wird dies da geschehen müssen, wo dem § 1743 BGB. entsprechend nach dem Vorhandensein eines angenommenen Kindes eine weitere Annahme an Kindesstatt vorgenommen werden soll, und in Fällen, in denen es sich um Annahme von Personen handelt, die in keinem eigentlichen Kindesalter mehr stehen (§ 1744).

3. Nach OLG. Dresden (Sächs. Ann. **23** 469) kann der Beschluß auf Abweisung eines Gesuchs um Bestätigung eines Annahmevertrags wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts mittelst einfacher Beschwerde angefochten werden.

§ 1742. Der Wahlkindschaftsvertrag kann nicht geschlossen werden unter der Bedingung, daß die landesherrliche Genehmigung zur Uebertragung des dem Wahlvater zustehenden Adels auf das Wahlkind (ALR. II. 2 § 684 in Verb. mit Art. 89 Nr. 1c Preuß. AG. z. BGB.) ertheilt werden sollte. Josef, Komm. z. Reichs- u. Preuß. FGG. Anm. zu § 65.

§ 1744. Nachweis der Unfähigkeit zur Zeugung oder Empfängniß ist nicht erforderlich. Keidel 410. Für die anzunehmende Person ist ein bestimmtes Alter nicht vorgeschrieben, auch Minderjährige, gleichviel ob sie geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, können angenommen werden. Keidel 411.

§ 1745. Nachweis der Unfähigkeit zur Zeugung oder Empfängniß ist nicht Erforderniß der Befreiung. Hinsichtlich des gesetzlichen Altersunterschieds ist bei der Befreiung der Zweck der Vorschrift des § 1744, daß das künstliche Verhältniß dem natürlichen entsprechen solle, im Auge zu behalten. Keidel 411.

§ 1746. Abs. 1 gilt nur für die Dauer des Bestehens der Ehe; ist die Ehe geschieden oder die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so ist er nicht anwendbar. Türcke-Niedenführ-Winter IV 400 Anm. 1 gegen v. Staudinger IV 547. Einwilligung ist vorherige Zustimmung (§ 183 BGB). Dieselbe ist erforderlich sowohl wenn der Mann als auch wenn die Frau annimmt. Sie ist entbehrlich, wenn der andere Ehetheil geschäftsunfähig (§ 107 BGB.) ist. Keidel 411.

§ 1747. Nach Vollendung des 21. Lebensjahrs kann selbst im Widerspruche mit den Eltern die Adoption des Kindes seitens eines Dritten stattfinden, sofern nur das Kind zustimmt. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 70.

Zur Annahme eines für ehelich erklärten Kindes ist außer der Einwilligung der Mutter im Hinblick auf § 1736 auch die Einwilligung des Vaters erforderlich. Einwilligung des Vormundes ist nie erforderlich. Dieser kommt nur als Vertreter in Betracht. Keidel 412.

§ 1748. Die Einwilligung kann nicht durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgen. Keidel 411.

§ 1750. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 60 führt aus: Hat das Kind vor Erledigung des Adoptionsvertrags das 14. Lebensjahr vollendet, so bedarf es, selbst wenn der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung bereits erklärt oder über die Annahme an Kindesstatt Vereinbarungen bereits getroffen hat, noch einer ausdrücklichen Zustimmung des minderjährigen Kindes.

Die Unmöglichkeit der Annahme durch Geschäftsunfähige ergiebt sich aus § 105 BGB. und dem Ausschluß einer Vertretung, also auch einer gesetzlichen Vertretung beim Annahmevertrag. Keidel 409. Als gesetzlicher Vertreter kommen in Betracht: der eheliche Vater (§ 1630 BGB.), auch wenn die Ehe geschieden ist (§ 1636), der Vater eines Kindes aus nichtiger Ehe, wenn er bei der Eheschließung die Nichtigkeit nicht gekannt hat (§ 1699), der Vater des unehelichen, durch nachfolgende Ehe legitimirten (§ 1719), sowie des für ehelich erklärten Kindes (§ 1736), die Mutter des ehelichen Kindes, wenn ihr die elterliche Gewalt zusteht (§§ 1684 bis 1686), die Mutter eines Kindes aus nichtiger Ehe, wenn dem Vater, nicht aber ihr selbst bei der Eheschließung die Nichtigkeit bekannt war (§ 1701), der Vormund eines nicht unter elterlicher Gewalt stehenden ehelichen Kindes (§§ 1773, 1793), der Vormund, nicht die Mutter des unehelichen Kindes (§ 1707) (413). Soweit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, liegt sie im Ermessen desselben, vorbehaltlich § 1752 (412). Die beschränkende Vorschrift des § 1750 Abs. 1 gilt nicht für den Antrag auf Bestätigung des Annahmevertrags; dieser kann durch einen bevollmächtigten Vertreter und muß für den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten durch dessen gesetzlichen Vertreter eingereicht werden. Keidel 414.

§ 1751. In Betracht kommen die im § 114 BGB. aufgeführten Personen. Für das Erforderniß der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts begründet es keinen Unterschied, ob das Kind unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht. Keidel 410, 411.

Schultheis 170 bemerkt: Das Vormundschaftsgericht hat zu prüfen, ob der gesetzliche Vertreter zustimmt; die im § 1747 vorgeschriebene Einwilligung festzustellen, ist aber Sache des bestätigenden Amtsgerichts.

§ 1754. Die Gebundenheit der Vertragschließenden ist bedingt durch die Bestätigung des Vertrags, mit deren endgültiger Versagung sie aufhört. Keidel 414. Die Bestätigung ist nicht ein Gnadenakt, sondern muß erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, sie hat den Charakter einer obrigkeitlichen Prüfung des Vertrags zur Vermeidung ungültiger Annahmeverträge (409). Das Gericht hat nicht die Vortheilhaftigkeit der Annahme für das Kind zu prüfen (415).

§ 1755. Der Annahmevertrag ist aus den nämlichen Gründen anfechtbar wie jeder andere Vertrag (vgl. §§ 119 bis 124, 142 bis 144 BGB.). Keidel 414.

§ 1757. Das angenommene Kind ist auch hinsichtlich der religiösen Erziehung wie ein eheliches Kind des Annehmenden anzusehen. OLG. 2 2, 372 (KG.).

Nicht nur die verheirathete, sondern auch die unverheirathete uneheliche Mutter kann ihr Kind an Kindesstatt annehmen. Koderols, R. **01** 15, vgl. auch zu § 1741.

Macht das Wahlkind sein gesetzliches Erbrecht auf den Nachlaß der Wahleltern geltend, so muß das Prozeßgericht das Erbrecht absprechen und den vormundschaftsgerichtlich bestätigten Wahlkindschaftsvertrag als nichtig behandeln, wenn ihm eine vom Gesetze vorgeschriebene Voraussetzung der Gültigkeit abgeht. Josef, Komm. z. R.= u. Pr. FGG. Anm. 6 IV zu § 32.

Der Annehmende, und zwar auch die annehmende Frau, erhält, solange das Kind minderjährig ist, die elterliche Gewalt über dasselbe; gilt das Kind als gemeinschaftliches Kind von Ehegatten, so hat die elterliche Gewalt der Ehemann, die Ehefrau nur unter den Voraussetzungen der §§ 1684ff. BGB. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen im Allgemeinen (häusliche Dienste des Kindes, Aufwendungen für den gemeinschaftlichen Haushalt, Aussteuer und Ausstattung) finden die Vorschriften der §§ 1617 bis 1625 BGB. Anwendung. Keidel 420.

Hinsichtlich des Erwerbes und Verlustes der Staatsangehörigkeit greift die Gleichstellung der Adoptivkinder mit den ehelichen nicht Platz. Sartorius, Einfluß des Familienstandes, VerwA. 7 358 (Sonderabdruck 40).

§ 1758. Nimmt eine bereits in zweiter Ehe verheirathete Frau ein Kind an, so erhält dasselbe den Mädchennamen der Frau, nicht deren erstehelichen Namen. Süßheim, Gruchots Beitr. 43 586.

Heirathet der an Kindesstatt angenommene Mann seine Adoptivmutter, so erhält diese mit der durch die Eheschließung bedingten Auflösung des Kindesverhältnisses den Familiennamen des Mannes, ihres früheren Adoptivkindes. Süßheim 589.

Die Frau, deren Mann mit ihrer Zustimmung an Kindesstatt angenommen worden, theilt dessen neuen Namen. Süßheim 589.

Abkömmlinge des Angenommenen, auf welche sich die Annahme nicht erstreckt, behalten dessen früheren Namen bei. Keidel 418.

Der adelige Familienname ist geschichtlich der Name eines Hauses, des Stammhauses (hantgemal), als dessen Mitbesitzer (Herren von) die einzelnen Familienglieder adelig sind. Das Prädikat „von" (Freiherr von, Graf) gehört daher nicht zum Familiennamen, sondern zum Namen des Einzelnen. Da durch Annahme an Kindesstatt nach BGB. § 1758 nur der Familienname des Annehmenden übergeht, wird folglich durch Adoption nur der Name des Hauses (der Familie) ohne das Adelsprädikat übertragen. Ebenso in dem Falle des § 1706. Sohm, DJZ. 99 8. Vgl. o. zu § 12 unter „Adelsprädikat" (10).

§ 1760. Das die Genehmigung zur Adoption ertheilende Vormundschaftsgericht (§ 1750 Abs. 1, § 1751 Abs. 2) hat den Eingang des Verzeichnisses zu überwachen. § 1760 findet auch Anwendung, wenn die Adoption vor dem 1. 1. 00 erfolgt ist. Schultheis 236, 312.

§ 1761. Bezüglich der Haushaltsgegenstände besteht die Vergünstigung summarischer Angabe im Inventar nicht. Schultheis 236.

§ 1762. Es kommt darauf an, ob der Abkömmling zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden, d. h. geboren, nicht bloß erzeugt war; der Zeitpunkt der Bestätigung des Annahmevertrags ist nicht maßgebend. Schultheis 170.

Abkömmlinge sind nur die vom Angenommenen selbst geborenen oder erzeugten Deszendenten, nicht die von ihm angenommenen Personen. Das uneheliche Kind gilt nicht als Abkömmling seines Vaters. Die Wirkung der Annahme an Kindesstatt erstreckt sich nicht auf verheirathete Töchter, ebensowenig auf Kinder, welche bereits von Seiten eines Anderen an Kindesstatt angenommen worden sind. Süßheim, Gruchots Beitr. 43 588.

§ 1764. Zu den verwandtschaftlichen Rechten, welche durch die Annahme an Kindesstatt nicht berührt werden, gehört auch der Unterhaltsanspruch des

unehelichen Kindes gegen seinen Vater. Der Anspruch ist daher in das vom neuen Gewalthaber aufzustellende Vermögensverzeichniß aufzunehmen (§ 1760), und ein Vergleich über den Unterhalt bedarf nach wie vor der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1714). Dronke, CBlFr.G. 3 108. (Vgl. auch Schmidt oben zu § 1708 Z. 2).

§ 1765. Der Verlust der elterlichen Gewalt der leiblichen Eltern ist ein dauernder, derselbe lebt auch nicht wieder auf im Falle der Auflösung des durch die Annahme begründeten Verhältnisses. Keidel 420. Das Erbrecht des Kindes gegen seine leiblichen Verwandten wird durch die Annahme nicht berührt. Keidel 421.

§ 1768. Abs. 3. Ist ein Kind von einem Ehepaare gemeinschaftlich angenommen worden und ist danach ein Ehegattentheil gestorben, so kann der durch die Annahme an Kindesstatt erworbene Name dem Kinde durch den überlebenden Ehegatten nicht mehr entzogen werden. Süßheim, Gruchots Beitr. **43** 590.

Keidel führt aus: Die Aufhebung durch Vertrag ist nur dann möglich, wenn außer dem Kinde auch sämmtliche von der Annahme betroffenen Abkömmlinge desselben, welche zur Zeit der Schließung des Aufhebungsvertrags vorhanden sind, an dem Vertrage theilnehmen. Die Annahme als gemeinschaftliches Kind kann auch dem einen Ehegatten gegenüber aufgehoben werden (416). Durch die Aufhebung wird das durch die Annahme begründete Verhältniß zwischen dem Annehmenden und dem Kinde für die Zukunft von der gerichtlichen Bestätigung des Aufhebungsvertrags ab aufgehoben; die auf Grund der Annahme eingetretenen und von der Fortdauer dieses Verhältnisses unabhängigen Wirkungen bleiben bestehen (417). Wird in einem Falle, in welchem der Angenommene als gemeinschaftliches Kind von Ehegatten gilt, ein Aufhebungsvertrag erst nach dem Tode des einen Ehegatten geschlossen, so wird durch diesen Vertrag nur das Verhältniß zu dem lebenden Ehegatten gelöst, das Verhältniß zu dem Verstorbenen bleibt bestehen, so daß dessen nach dem Tode fortdauernde Wirkungen (Namensführung, erbrechtliche Beziehungen) nicht berührt werden (418).

Die Aufhebung kann durch Vertrag mit Wirkung für die Zukunft von der Bestätigung des Aufhebungsvertrags an erfolgen. Schultheis 172.

§ 1770. Das Gericht, welches die Bestätigung der Aufhebung ertheilt, hat nur zu prüfen, ob ein gültiger Aufhebungsvertrag vorliegt, nicht aber, ob erhebliche Gründe für die Aufhebung vorhanden sind. Keidel 417.

Dritter Abschnitt.

Vormundschaft.

Erster Titel.

Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

§ 1773. Eine Vormundschaft ist nicht einzuleiten, sobald dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Vertretung nur in persönlicher oder nur in vermögensrechtlicher Beziehung oder nur für bestimmte Angelegenheiten der einen oder der anderen Kategorie entzogen ist. Es ist ein Pfleger gemäß § 1909 zu ernennen. Schultetus 20, Hesse § 1773 Nr. 5, Fuchs 128; a. M. Buchka, Vergl. Darst. 360—361, 376 Anm. 3.

Gläßing begründet den Satz, daß das Vormundschaftsrecht des BGB. öffentliches Recht enthält, und die sich hieraus ergebenden Folgerungen ausführlich im A.öffR. **16** 161 und 425 ff.

Keine Feststellung der Unehelichkeit eines gesetzlich als ehelich geltenden Kindes im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 12 FG.) und Einleitung der Vormundschaft auf Grund solcher Feststellung. Breit, R. **02** 552.

Abs. 2. Bloßes Bestrittensein des Familienstandes führt nur zur Pflegschaft. Schröder-Mugdan 166, Schultzenstein-Köhne (2) N. 7 zu § 1773.

§ 1774. 1. Die Gesetzmäßigkeit einer Vormundschaft ist nur von den dem Vormundschaftsgerichte vorgesetzten Instanzen, nicht von dem Prozeßrichter zu prüfen, dies gilt in allen Fällen, mag es sich um thatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen handeln. Planck, Note 3 zu § 1773; Hesse 8 Nr. 7; Märcker (17) 537; Schultzenstein-Köhne (2), Note 1 zu § 1774, die aber Note 2 zu § 1773 eine Vormundschaft in Ermangelung der gesetzlichen Voraussetzungen für nichtig erachten, ebenso die Bestellung eines zweiten Vormundes aus Irrthum; s. a. Note 6 a. E. zu § 1793.

Hat das Vormundschaftsgericht über einen bereits Bevormundeten nochmals eine Vormundschaft oder hat es eine Nachlaßpflegschaft angeordnet, obwohl deren Voraussetzungen nicht vorhanden waren, so bleiben diese Anordnungen bis zu ihrer vom Vormundschaftsgericht oder dem Beschwerdegericht erfolgenden Aufhebung rechtswirksam; dem vom zweiten Vormund oder vom Pfleger Beklagten steht also vor dem Prozeßgerichte nicht ein Einwand zu, daß die Voraussetzungen jener Anordnungen nicht gegeben wären; das Prozeßgericht hat hierüber kein Prüfungsrecht. Josef, Buschs Z. **30** 104, 112; ebenso Fuchs 132; Schröder-Mugdan 33.

2. Sind das ordentliche Vormundschaftsgericht und das nach § 44 FrGG. zuständige gleichzeitig thätig geworden, so hat bei widersprechenden Maßregeln diejenige des ersthandelnden Gerichts den Vorrang, während zwei sich ergänzende Maßregeln neben einander in Kraft bleiben. Spahn, Verwandtschaft 207.

3. Wegen Anordnung der Vormundschaft im Verhältnisse zur Bestellung des Vormundes s. OLG. Karlsruhe, CBlFrG. **1** 425 u. 549.

§ 1775. 1. § 1775 regelt nicht die Vertretungsmacht des Vormundes. Minderjährige Geschwister können einen Erbauseinandersetzungsvertrag mit einander nur abschließen, wenn jeder von ihnen einen besonderen Vertreter hat. KGJ. **22** A 34, OLG. **3** 107, R. **01** 431, CBlFrG. **2** 205; RheinAV. **01** 75; Seuff. A. **57** 231. Vgl. o. Ziff. 3e zu § 181.

2. Das freie Ermessen des Gerichts, ob es einen oder mehrere Vormünder bestellen will, wird durch § 1778 Abs. 4 und § 1786 Ziff. 7 nicht illusorisch gemacht, da diese Bestimmungen nur Anwendung finden, wenn es sich um „mehrere Vormünder" im Sinne des § 1797 Abs. 1 (nicht aber im Sinne des § 1797 Abs. 2) handelt. Schlecht, Grünhuts Z. **28** 759.

3. a) Für mehrere uneheliche Kinder derselben Mutter ist in der Regel auch dann nur ein Vormund zu bestellen, wenn sie nicht denselben Vater haben. Schröder-Mugdan 185; Hesse 9; Schultzenstein-Köhne (2), Note 3 zu § 1775; Staudinger, Note 1a zu § 1775.

b) Ein Vormund auch für mehrere halbbürtige und uneheliche Geschwister, nicht aber für mehrere angenommene Kinder. Spahn, Verwandtschaft 198.

4. Die Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder müssen wichtige sein, weil dieselbe ein Abgehen von dem Prinzipe der Selbständigkeit bedeutet. Schlecht, Grünhuts Z. **28** 754.

5. Der Vater kann mehrere Vormünder benennen. Scherer, Familienrecht 417 Nr. 714; Staudinger a. a. O., der jedoch auch hier das Ermessen des Gerichts über die Zahl der zu bestellenden Vormünder entscheiden läßt; s. a. Note 2a zu § 1776.

§ 1776. 1. Zu Nr. 1 u. 2. a) Der Benennung des Vormundes kann keine Einschränkung seiner prinzipiellen Selbständigkeit beigesetzt werden. Derartige Beisätze wären bedeutungslos. Schlecht, Grünhuts 3. 28 762.

b) Es können auch mehrere Vormünder zur gemeinschaftlichen Verwaltung unbeschadet §§ 1778 Abs. 4 und 1786 Ziff. 7 benannt werden. Hesse 10 Nr. 7, 17 Nr. 11.

2. Zu Nr. 2. Die von der Mutter bestimmte Person geht vor, wenn der Vater letztwillig bestimmt hat, daß der Mutter Bestimmung vorgehen soll. Jastrow, Th. II 277 Anm. 25.

3. Zu Nr. 3. Der Großvater ist auch berufen, wenn dem Vater gemäß § 1701 keine elterliche Gewalt zusteht. Schultheis 39[5a] u. 195[7a].

4. a) Die letztwillige und die gesetzliche Berufung des Vormundes haben die Bedeutung, daß den Berufenen dadurch ein Anspruch auf Uebertragung der Vormundschaft gegeben wird. Ist irrthümlich ein Anderer zum Vormunde bestellt, so ist dieser zu entlassen und der Berufene zu bestellen, falls letzterer dies beansprucht. Schröder-Mugdan 12.

b) Es ist aber nicht, wenn erst nach der Bestellung des Vormundes ein Berufener entsteht, z. B. ein Großvater durch Ehelichkeitserklärung des Mündelvaters, der Vormund zu entlassen. Fuchs 145.

5. Abs. 2 setzt nicht Fortdauer des Annahmeverhältnisses im Zeitpunkte der Vormundsbestellung voraus. Planck, Note 4 zu § 1776; Schröder-Mugdan 10[8]; Staudinger, Note 2c zu § 1776 (nicht berufen der leibliche Großvater, der den Enkel an Kindesstatt angenommen); a. A. Schilgen, Vormundschaftsrecht 27.

§ 1777. 1. Das Recht, einen Vormund letztwillig zu benennen, kann von den Eltern nur persönlich ausgeübt, nicht in Form einer allgemeinen Ermächtigung auf einen Anderen übertragen werden. Schröder-Mugdan 9; Opet 280[8]; Schultzenstein-Köhne (2), Note 3 zu § 1776.

2. Schultetus 25 u. 45. Die der Berufung des Vormundes durch letztwillige Verfügung hinzugefügte auflösende Bedingung oder Zeitbestimmung kann gemäß § 1790 nur in der Weise aufrecht erhalten werden, daß der Richter bei der Bestellung des Vormundes die Entlassung desselben für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines bestimmten Ereignisses vorbehält. Im Wesentlichen übereinstimmend: Hesse 14 Abs. 1. Doch wird beim Eintritte der auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung nicht, wie Hesse will, an sich eine Ausschließung von der Vormundschaft (§ 1782) anzunehmen sein. Die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung 2c. ist vielmehr als bedeutungslos anzusehen. Wie Schultetus auch Fuchs 142; Schröder-Mugdan 9 hält beim Eintritte der auflösenden Bedingung die nicht vorbehaltene Entlassung nur nach §§ 1886 ff. für statthaft, abgesehen von dem Falle, daß ein weiterer Berufener vorhanden ist.

3. a) Die Mutter hat das Benennungsrecht auch im Falle des § 1685. Opet 282 u. 305[2]; Planck, Note 1b Abs. 2 zu § 1777; Hesse 13 (5); s. a. Knitschky 247[3].

b) Brettner, R. 00 85 spricht sich gegen Philler 37 für das Benennungsrecht der Adoptiveltern aus; Hesse 10; Schröder-Mugdan 7.

c) Mangel der Vertretungsbefugniß in einzelnen persönlichen oder in einzelnen Vermögensangelegenheiten beseitigt nicht das Benennungsrecht. Opet 278; Schilgen 28.

d) Das Benennungsrecht besteht auch gegenüber der verheiratheten Tochter. Planck, Note 1b zu § 1777; a. M. Hesse 13 (4[6]); Fuchs 140[3].

4. Die formelle Gültigkeit der letztwilligen Verfügung hat das Vormundschaftsgericht zu prüfen, jedoch wird hierdurch der endgültigen Entscheidung des Prozeßrichters nicht vorgegriffen. Hesse 14; Schultzenstein-Köhne, Note 3 zu § 1777.

§ 1778. 1. Das Vormundschaftsgericht darf den Berufenen, dessen Bestellung regelmäßig im Interesse des Mündels liegt, nicht lediglich auf Grund seiner Zustimmung übergehen. Fuchs 148 (es kann ihn aber nicht zur Uebernahme zwingen, s. Schultheis 44); Schröder-Mugdan 14[13]. Für Uebergehung auf Grund der Zustimmung Staudinger, Note 1a zu § 1778; Schultheis 40.

2. Eine besondere Erheblichkeit der Gefährdung wird nicht erfordert. OLG. Karlsruhe, R. **02** 325.

3. Verhinderung im Sinne des Abs. 2 ist rechtliche und thatsächliche. Hesse 16 Nr. 7, s. aber 24 oben; Planck, Note 3 zu § 1778; Staudinger, Note 1b zu § 1778 verneint einen Anspruch des nach §§ 1780—1784 ausgeschlossenen auf Bestellung nach Wegfall des Ausschließungsgrundes.

4. a) Unter „Mitvormund" ist wie bei § 1786 Ziff. 7 nur ein im Sinne von § 1797 Abs. 1 (nicht Abs. 2) Ernannter zu verstehen. Schlecht, Grünhuts Z. **28** 758.

b) Sind mehrere gemeinschaftliche Vormünder vom Vater benannt und nicht alle zur Uebernahme bereit, so ist die Benennung wirkungslos und § 1779 anwendbar. Hesse 17; s. a. Staudinger, Note 1a zu § 1775 u. Note 2a zu § 1776 (Ermessen des Gerichts über die Zahl der zu bestellenden Vormünder).

§ 1779. 1. a) Die Anordnung der Anhörung des Gemeindewaisenraths ist nur eine Ordnungsvorschrift. Fuhrmann, Gemeindewaisenrath 13; Schröder-Mugdan 15.

b) Der Gemeindewaisenrath des regelmäßigen Aufenthaltsorts: Schultheis 42; Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1779.

c) Ermittelungen vor der Auswahl auch durch eidliche Zeugenvernehmung. OLG. **2** 392 (Cassel).

2. a) Abs. 2 bezieht sich nur auf die von dem Vormundschaftsgericht auszuwählenden Vormünder. Betreffs der gesetzlichen Vormünder (Art. 136 EG. z. BGB., Art. 78 § 4 Pr. AG. z. BGB.) gilt Landesrecht; in Preußen ist für diese nirgends die Gleichheit des religiösen Bekenntnisses vorgeschrieben, falls nicht das Ortsstatut eine Bestimmung darüber aufstellt. Das Vormundschaftsgericht darf auch nicht schon allein deshalb, weil der gesetzliche Vormund anderen Bekenntnisses ist, einen speziellen Vormund für den Mündel bestellen, sondern nur, wenn die konkrete Sachlage dazu Anlaß bietet. KGJ. **22** A 217.

b) Beschwerderecht der Verwandten gegen Bestellung eines Vormundes anderen Bekenntnisses, auch wenn dieser nur für das Vermögen zu sorgen hat. KG. CBlFrG. **2** 208, R. **01** 432.

3. Abs. 2 Satz 3 gewährt den Verwandten kein „Recht" auf Bestellung, und deshalb haben sie auch keine Beschwerde bei Nichtberücksichtigung. LG. Neuburg a. D., R. **00** 463; Schröder-Mugdan 15[17].

§ 1780. Ist versehentlich einer der hier Bezeichneten, z. B. ein Verschwender, zum Vormunde (Pfleger) bestellt und hebt das Gericht nachträglich die Bestellungsverfügung als ungerechtfertigt auf, so sind die von dem unfähigen Vormund inzwischen vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam; auch hat das Prozeßgericht eine solche Bestellung als nichtig anzusehen; der § 32 FrGG. findet auf diesen Fall keine Anwendung. Das Umgekehrte gilt von den im § 1781 Bezeichneten, z. B. einem zum Vormunde bestellten Minderjährigen oder Gemeinschuldner; dies selbst dann, wenn der Dritte die Untauglichkeit des Vor-

mundes gekannt hat. Josef, Komm. z. R.- u. Preuß. FrGG., Note 6 IIb u. IV zu § 32. So auch Aron, Gruchots Beitr. **45** 605, der im Allgemeinen einer aufhebenden Verfügung nur Wirkung ex nunc beilegt, aber eine Ausnahme für den Fall macht, daß die Verfügung von vornherein nichtig ist, z. B. Bestellung eines Wahnsinnigen zum Vormunde; Fuchs 137 ist ebenfalls für Nichtigkeit der entgegen § 1780 erfolgten Bestellung; Kuhlenbeck, Note 1 zu § 1780; Schröder-Mugdan 32 und Schultzenstein-Köhne, Note 2 zu § 1780, welche beide einem solchen Vormunde gegenüber dem Mündel das **Konkursvorrecht** (§ 61[5] KO.) versagen; ebenso Staudinger, Note 1a zu § 1780; Schanz, Vorl. Vormundsch. 49[1].

Die Bestellung eines Geschäftsunfähigen als Vormund eines Volljährigen begründet nicht gemäß § 661 Abs. 1 a. E. CPO. die Wirksamkeit der Entmündigung wegen Geisteskrankheit. Levis, Entmündigung Geisteskranker 293.

§ 1781 (s. a. § 1780). Schultzenstein-Köhne (2), Note 2 zu § 1781 nimmt an, daß ein minderjähriger Vormund zu Rechtshandlungen für den Mündel der Genehmigung seines Gewalthabers bedarf. A. A. Schultheis, CBlFrG. **3** 263 gg. E.

§ 1782. Individuelle Bezeichnung des Ausgeschlossenen erforderlich; nicht ganze Personenklassen ausschließbar. Hesse 25.

Auch die kraft Gesetzes berufenen Großväter können ausgeschlossen werden; Grundangabe entbehrlich. Schröder-Mugdan 18.

Verletzung des § 1782 begründet nicht die Entlassung eines trotzdem bestellten Vormundes (§§ 1886 ff.). Opet 280[10]; Hesse 24; Staudinger, Note 6 zu § 1782.

§ 1783. Die Zustimmung des Ehemanns kann formlos und auch durch schlüssige Handlungen ertheilt werden, wird aber in der Regel zu Protokoll festzustellen sein. Schultheis 38[5].

Die Zustimmung ist nach Hesse 27 der Frau gegenüber zu erklären, nach Schultzenstein-Köhne und Staudinger, Note 2 zu § 1783 dieser oder dem Gerichte gegenüber.

Zustimmung des Ehemanns auch erforderlich, wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist. Staudinger, Note 2 zu § 1783; Schröder-Mugdan 20. A. A. Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1783.

§ 1784. Den Beamten ist kein Ablehnungsrecht gegeben, sondern es ist nur ein Mittel geschaffen, das Dienstinteresse zur Geltung zu bringen; deshalb kann auch das Vormundschaftsgericht die Erlaubniß nachsuchen. Schultheis 38.

Die Landesgesetzgebung kann den Begriff des „Beamten" im Sinne des § 1784 enger oder weiter fassen, aber nicht auf sog. Privatbeamte ausdehnen. Hesse 27.

Ueber Art. 72 Pr. AG. z. BGB. vgl. Schröder-Mugdan 20[23]; Schultzenstein-Köhne, Note 4 zu § 1784, insbesondere über die der Genehmigung bedürfenden Religionsdiener (letzterer beschränkt sie auf die kath. und evang. Kirche; a. A. Schilgen 32).

§ 1785. Die Eigenschaft des Deutschen braucht nur zur Zeit der Auswahl zu bestehen, späteres Aufhören ist ohne Belang. Fuchs 151; Staudinger, Note 1 zu § 1785.

Hat ein Ausländer eine Vormundschaft übernommen, so kann er seine Entlassung nur aus denselben Gründen wie ein Inländer verlangen. Hesse 31; Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1785.

§ 1786 (s. zu § 1778). 1. a) Nr. 1. Böhm (2) 62[2] giebt das Ablehnungsrecht nur Verheiratheten, nicht Ledigen und Wittwen; dagegen Fuchs 15[2], Fuhr-

mann, Gemeindewaisenrath 18, Hesse 33, Schröder-Mugdan 24; s. Scherer, N. zu § 1887.

b) Nr. 3. Für volljährig erklärte Kinder und nasciturі werden nicht mitgezählt. Schultheis 44[8].

c) Nr. 5. Wohnsitz im Gerichtsbezirke schließt diesen Ablehnungsgrund zwar nicht grundsätzlich, aber wohl immer thatsächlich aus. Schultheis 45; s. Hesse 34 (Hinzutritt anderer Umstände, z. B. mangelnde Rüstigkeit, Wohnen auf einer Insel).

d) Nr. 8. Wer eine Vormundschaft und eine Gegenvormundschaft führt, die auch berücksichtigt wird, führt mehr als eine Vormundschaft und ist deshalb zur Ablehnung eines weiteren vormundschaftlichen Amtes berechtigt. Zur Ablehnung berechtigen ferner z. B.: 3 Gegenvormundschaften, 3 Beistandschaften. Schultheis 46, Schultetus 38, Schröder-Mugdan 26[27]; a. M. Fuchs 154, Hesse 35, Planck, N. 2b zu § 1786, Schultzenstein-Köhne, N. 1o zu § 1786, Staudinger, N. 1h zu § 1786, Schilgen 35[8].

2. Die Gründe des § 1786 sind erschöpfend. Staudinger, N. 1 a. E. zu § 1786.

3. Eine Belehrung der Ablehnungsberechtigten ist nicht vorgeschrieben. Hesse 35 N. 12.

§ 1787. Keine Haftung für Nachtheile, die als selbständige Folge der Untauglichkeit des anderweit bestellten Vormundes eintreten. Hesse 37, Schröder-Mugdan 28.

Abs. 2. Bei erfolgreicher Beschwerde endigt das Amt des Vormundes nicht schon mit der Entscheidung des Beschwerdegerichts, sondern erst mit der alsdann nothwendigen Entlassung durch das Vormundschaftsgericht. Schultheis 185.

§ 1788. Die Anwendung von Gewalt (unmittelbarem Zwange), z. B. nach Art. 17 Preuß. FGG., zur Uebernahme einer Vormundschaft ist ausgeschlossen. Nußbaum, Buschs 3. 29 495.

Das Gericht ist nicht verpflichtet, das Ordnungsstrafrecht auszuüben. Schröder-Mugdan 28, Staudinger, N. 1 zu § 1788.

§ 1789. 1. a) Die feierliche Form der Verpflichtung ist nicht bloß ein Solennitätsakt, sondern bedeutet die Begründung der Treue als Rechtspflicht des vormundschaftlichen Amtes. Gläßing, A.öffR. 16 432, 442.

Die Bestimmung über die Form der Verpflichtung ist ihrer Fassung nach nur eine Ordnungsvorschrift; zur Gültigkeit der Bestellung ist deshalb auch jede andere Form ausreichend, vorausgesetzt, daß darin eine Verpflichtung des Vormundes durch den Richter gefunden werden kann. Keine schriftliche Erklärung, sondern Abgabe des Versprechens treuer Führung unmittelbar vor dem Richter und Entgegennahme desselben. Schultheis 48, Planck, N. 2 zu § 1789, Böhm 64, Fuchs 157, Hesse 40, welcher noch den Ausschluß der Stellvertretung hervorhebt. Schultzenstein-Köhne, N. 2 und 3 zu § 1789, Schröder-Mugdan 29.

b) Die Bestellung ist ein „zweiseitiger Akt“. Schultetus 43, Mot. IV 1078.

Die Bestellung ist aber kein Rechtsgeschäft. Planck, N. 1 zu § 1789. Gläßing, a. a. O. 432 betont ebenfalls die rein staatsrechtliche Bedeutung des Bestellungsakts unter Ablehnung der Vertragsnatur.

c) Nach Scherer, N. zu § 1789 ersetzt die Führung der Vormundschaft die Bestellung.

2. Vbd. § 2 FGG. Uebereinstimmend mit Neumann, Handausgabe N. 2 bejaht OLG. Karlsruhe in mehreren Fällen die Anwendbarkeit des § 2 FGG. in dem Sinne, daß der Verpflichtungsakt durch ein im Wege der Rechtshülfe

ersuchtes Amtsgericht erfolgen könne, während allerdings die Vorbescheidung etwaiger Ablehnungsgründe, welche der zu verpflichtende Vormund in dem Verpflichtungstermine vorbringt, dem Vormundschaftsgerichte selbst obliegt. BadRpr. **00** 228, R. **00** 419; Fuchs 157[1] u. A.

3. Bestellung ist nicht erforderlich: a) bei denjenigen Personen, welche bereits vor 1900 als gesetzliche Vormünder im Amte waren, b) beim Vorstand einer Pflegeanstalt und den Beamten der Gemeindearmenverwaltung. Weißweiler, Handbuch 89, 99.

4. Die generelle Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die einmal erfolgte Bestellung eines Vormundes ist aus dem Gesetze nicht zu folgern. KG. CBlFrG. **2** 208, OLG. **3** 309 und R. **01** 432; a. M. Schultze-Görlitz, N. 1c zu § 20, welcher Beschwerde wegen Nichtbeachtung instruktioneller Vorschriften nach Schaffung definitiver Rechtsverhältnisse nicht mehr zuläßt.

§ 1790. Ein Versuch, auf diesem Wege die prinzipielle Selbständigkeit des Vormundes zu verkürzen, ist unzulässig. Schlecht, Grünhuts **3. 28** 763.

§ 1791. 1. Die Bestallung ist nicht mit öffentlichem Glauben versehen (kein „Außenschutz"). Ramdohr, Gruchots Beitr **44** 802, 804.

2. Ist ein Mitvormund zugleich Gegenvormund eines Mitvormundes, so muß auch dies aus der Bestallung erhellen. Hesse 43.

3. a) Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das ein Vormund vornimmt, kann der Gegner Vorlegung der Bestallung analog § 1831 verlangen. Habicht, JW. **01** 772 und 779.

b) Wenn Jemand Klage gegen den Mündel erheben will, hat das Vormundschaftsgericht ihm auf Verlangen eine Bescheinigung über die Person des Vormundes zu ertheilen. Schröder-Mugdan 31. Ebenso Staudinger, N. 6 zu § 1791 mit Bezug auf § 34 (FG.).

§ 1792. 1. a) Verwaltung liegt vor, wenn fortlaufend Einnahmen und Ausgaben oder doch das eine oder andere stattfindet, nicht schon bei bloßer Verwahrung. Hesse 45.

b) Die Erheblichkeit der Verwaltung kann sowohl in der Größe des Vermögens als in der Vielseitigkeit der Verwaltungsthätigkeit begründet sein; ihre Beurtheilung unterliegt der thatsächlichen Würdigung des Einzelfalls. Schultheis 52.

2. a) Abs. 4 verb. m. § 1776 Abs. 1 und Abs. 2: Schultheis 53. Ob in der Benennung einer Person als Vormund die eventuelle Benennung als Gegenvormund gefunden werden kann, ist Auslegungsfrage; bei Bejahung kann die Vormundschaft ohne Verlust des Rechtes auf die Gegenvormundschaft abgelehnt werden. Ist in dieser Weise eine Person vom Vater, eine andere von der Mutter benannt, so hat zunächst jene das Recht auf beide Aemter; da aber das eine Amt das andere ausschließt, so wird mit der Bestellung des vom Vater Benannten zum Vormunde das Recht des von der Mutter Benannten auf die Gegenvormundschaft wirksam.

b) Die Bestellung mehrerer Gegenvormünder zur gemeinschaftlichen Verwaltung des Amtes ist zulässig (Schultheis 53). Ebenso Fuchs 101, Hesse 44.

c) Der Gesellschafter des Vormundes eignet sich in der Regel nicht als Gegenvormund. LG. Hamburg, CBlFrG **1** 451.

3. Die Entlassung des bereits bestellten Gegenvormundes kann in Folge einer Anordnung nach § 1852 nicht stattfinden. Schultzenstein-Köhne (2) N. 8 zu § 1792; Schröder-Mugdan 60[31].

II. Führung der Vormundschaft.

§ 1793. 1. a) Nach OLG. **5** 410 (KG.) kann der Vormund nicht sein Amt übertragen, wohl aber Vollmacht zu einzelnen Geschäften (abgesehen von solchen,

die kraft besonderer Vorschrift oder der Natur der Sache nach persönlich vorzunehmen sind) ertheilen. Der Bevollmächtigte bedarf der Genehmigung in gleichem Umfange wie der Vormund.

b) Es ist unzulässig, daß der Vormund die Gesammtheit seiner amtlichen Thätigkeit auf einen Anderen überträgt. Ebenso sind gewisse, der höchst persönlichen Entschließung des Vormundes unterliegende Angelegenheiten durch den Vormund selbst oder durch im Einzelfalle besonders beauftragte Vertreter zu ordnen. Abgesehen hiervon ist es unbedenklich, auch für eine Mehrheit von einzelnen Handlungen, z. B. Auseinandersetzung des Mündels mit Miterben, eine generelle Vertretung zuzulassen. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **01** 2.

c) Ebenso Spahn, Verw. 212, welcher nur die Ausführung einzelner Geschäfte durch einen Vertreter, nicht die Uebertragung der Vormundschaftsführung auf Dritte zuläßt, s. a. Fuchs 87, 116², Knitschky 190. Hesse 40 hält auch eine allgemeine Vollmacht „zur Auflassung von Grundstücken", „zum Erwerbe von Sachen" für ungenügend, verlangt vielmehr vollständigen Willensausdruck für den besonderen Fall. Hesse erörtert weiter 51 und 52, in welchen Fällen überhaupt Stellververtretung des Vormundes im Willen ausgeschlossen ist, namentlich bei idealen Interessen (Erziehung, Berufswahl).

d) Schultzenstein-Köhne N. 2 zu § 1793 und Schröder-Mugdan 246 erachten Stellvertretung in einzelnen Geschäften und Bestellung eines Generalbevollmächtigten für einen ganzen Kreis von Geschäften, z. B. für ein Erwerbsgeschäft im Rahmen eines Bedürfnisses, für zulässig und erörtern die Frage der Fortdauer der Vollmacht über das Amt des Vormundes hinaus im Anschluß an **RG. 41** 265; s. a. Märcker (17) 551, Schilgen 38.

2. Das Rechtsverhältniß zwischen Vormund und Mündel fällt unter den Begriff der Geschäftsführung. Ist ein Vertrag vom Mündel auf Grund der dazu vom Vormund ertheilten Einwilligung oder vom Vormunde mit der vorher ertheilten Zustimmung des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen, so ist er mit dem Abschlusse gültig, und der Vertragsgegner kann im ersten Falle auf die Feststellung der Einwilligungsertheilung klagen; diese kann nach dem Vertragsabschlusse nicht mehr zurückgenommen werden. Spahn, Verwandtschaft 209, 227, 231.

3. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Vormundes, für den Mündel zu sorgen, geht dem Privatinteresse des Vormundes vor; dieser kann sich also nicht mit Zeitmangel entschuldigen, wenn er unterläßt, die Alimentationsklage zu erheben; er kann daher durch Ordnungsstrafen angehalten werden. OLG. **4** 414 (KG.), Schultzenstein-Köhne, N. 5 a. E. zu § 1793.

4. a) Ueber religiöse Erziehung, insbesondere Verpflichtung des Vormundes, ein „christliches Kind", das noch nicht getauft ist, taufen zu lassen. Schröder-Mugdan 194.

b) Der Anspruch des Mündels gegen den unehelichen Vater auf Unterhalt ist eine Angelegenheit lediglich der Sorge für das Vermögen. KGJ. **20** A 136, OLG. **1** 190, R. **00** 330, [1]) CBlFrG. **1** 161.

c) Auch bei der Anerkennung eines unehelichen Kindes gelten für den Mündel die allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit. Die Anerkennung kann für ihn durch seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen, der einer gerichtlichen Genehmigung hierzu nicht bedarf. Der Minderjährige selbst kann die Anerkennung nur mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bethätigen. Schröder-Mugdan 360.

d) Die Präsentation eines Wechsels bei dem im Wechsel nicht benannten Vormunde des Bezogenen genügt nicht (Art. 41 WO.). OLG. Rostock, MecklZ. **20** 14.

---

[1]) Vgl. **RG.** R. **00** 545.

e) Zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 ist der Vormund legitimirt, Schultzenstein-Köhne, N. 6 zu § 1793 mit Bezug auf KGJ. **11** 49.

§ 1795. 1. Stehen bei einer Auseinandersetzung die Mündel als eine geschlossene Gesammtheit einem Betheiligten gegenüber, so daß sie sich nur mit diesem auseinandersetzen wollen, so bedürfen sie nur eines sie alle vertretenden Vormundes (Pflegers). Soll aber die Auseinandersetzung zugleich unter den Mündeln selbst stattfinden, so führt dies zu einem Vertrage zwischen den Mündeln und es bedarf jeder eines besonderen gesetzlichen Vertreters (Pflegers). Sonst ist nach § 181 BGB. der Vertragsschluß nichtig, da das Selbstkontrahiren dem gesetzlichen Vertreter nicht gestattet ist; es entsteht also auch kein Vertrag, der die Grundlage für eine wirksame obervormundschaftliche Genehmigung bilden kann. KGJ. **22** A 34, R. **01** 431, OLG. **3** 107, RheinAV. **01** 75 und CBlFrG. **2** 205; auch KG. DJZ. **02** 274.

Die Stellungnahme der Literatur hierzu s. oben Ziff. 3e zu § 181 und Ziff. 1 zu § 1775.

Außerdem Dapper, HessRsp. **1** 62 ff. Er erachtet die Vertretung mehrerer Mündel durch einen Pfleger insolange für zulässig, als nicht ein Widerstreit der Interessen der verschiedenen Mündel obwaltet, indem er insoweit eine Ausnahme von § 181 kraft stillschweigenden Willens des Gesetzgebers annimmt. Dagegen Hanger, das. 70; dagegen wieder Dapper, HessRspr. **2** 191; vgl. Siebdrat, CBlFrG. **2** 510 (s. u. zu § 1796).

2. a) Im Falle des § 1795 Ziff. 2 ist die Vertretungsmacht auch für Erfüllungsgeschäfte ausgeschlossen. Abs. 2 des § 1795 schränkt den Abs. 1 nicht ein. OLG. **5** 362 (KG.).

b) Bei einem Rechtsstreite zwischen mehreren Mündeln desselben Vormundes kann an diesen nicht zugleich als Vertreter des Beklagten die Klagezustellung erfolgen. Hesse 55, Schröder-Mugdan 241[109], der aber Klagezustellung an den Vormund seitens der im § 1795 Abs. 1 genannten Personen zuläßt; in letzterer Beziehung a. M. Planck, N. 1c zu § 1795.

c) Der Vormund ist nicht ausgeschlossen von dem Strafantrage gegen die im § 1795 Abs. 1 bezeichneten Personen (Entziehung der Vertretung nach § 1796). Schröder-Mugdan 242; s. Staudinger, N. 6 zu § 1630.

3. Planck, N. 3 zu § 1795 nimmt Nichtigkeit eines entgegen der Vorschrift des § 1795 Abs. 1 vorgenommenen Geschäfts an; a. M. die herrschende Ansicht, z. B. Knitschky 144, KGJ. **22** A 34, CBlFrG. **2** 207, Seuff. A. **57** 231, OLG. **3** 107.

4. § 1795 findet auf den Gegenvormund keine Anwendung. LG. Ratibor, CBlFrG. **3** 394.

§ 1796. Erfolgt die Entziehung der Vertretung gegen den Willen des Vormundes, so muß die Entziehungsverfügung der Bestellung des Pflegers vorangehen, da erst durch diese Entziehung die Verhinderung des Vormundes eintritt (§ 1909). Boschan 175.

§ 1796 gilt neben § 181. Ein Vormund kann mehrere Geschwister bei einem Vertragsschluß unter diesen nicht vertreten, auch wenn kein Interessenwiderstreit besteht. Der Interessengegensatz kann aber andererseits einen Grund zur Entziehung der Vertretungsbefugniß schlechthin abgeben, namentlich in eiligen Fällen, um den Vormund an Rechtshandlungen in gewissen Angelegenheiten für die Zukunft zu hindern. KGJ. **22** A 34, CBlFrG. **2** 207, s. o. Ziff. 3e zu § 181.

Es müssen bedeutendere Interessen in Frage stehen; untergeordnete rechtfertigen nicht die in der Entziehung liegende Abweichung vom Selbständigkeitsprinzipe. Schlecht, Grünhuts Z. **28** 765.

§ 1797. I. 1. Gemeinschaftliches Handeln ist im Falle des Abs. 1 Voraussetzung der Gültigkeit. Fuchs 93[3], Böhm (2) 76, Hesse 58 (nachträgliche Genehmigung nach § 177 ff. BGB.); s. Levis, Entmündigung Geisteskranker 141[2] (gemeinschaftliche Stellung des Entmündigungsantrags) und 269[1] (Zurücknahme durch einen Vormund soll genügen, falls nicht Zustimmung des Gerichts zur Fortsetzung des Verfahrens erfolgt).

2. a) Unter den „mehreren Vormündern" des Abs. 1 und 2 ist nicht das Gleiche zu verstehen. Während in Abs. 1 eine Ausnahme vom Prinzipe der Selbständigkeit gemacht wird, tritt dieses Prinzip in Abs. 2 wieder voll in Wirksamkeit. Dies ist von besonderer Bedeutung für die §§ 1775, 1778 Abs. 4 und § 1786 Ziff. 7. Bei Meinungsverschiedenheiten (Abs. 1) hat das Gericht sich einer der vorhandenen Meinungen, die nicht die Mehrheit für sich zu haben braucht, anzuschließen. Schlecht, Das Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes, Grünhuts Z. 28 754 ff.

b) Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Vormündern kann das Vormundschaftsgericht, abgesehen von anderen Bestimmungen bei der Bestellung oder durch die Eltern (1797 Abs. 3), allgemein, nicht bloß im Aufsichtsweg, eine von der Meinung sämmtlicher Vormünder abweichende Entscheidung treffen. Diese Annahme entspricht der allgemein lautenden Vorschrift des § 1797 Abs. 1 Satz 2 und der Bedeutung der hier vorgesehenen richterlichen „Entscheidung". Schultetus 125, Scherer, N. ** zu § 1797. — A. A. mit den Motiven 1094 die Mehrzahl der Schriftsteller; z. B. Fuchs 25, 93, Hesse 59, s. auch 61; Opet 210.

c) Ordnet das Gericht an, daß bei Meinungsverschiedenheiten zunächst die Mehrheit der Vormünder entscheidet, so ist jedenfalls im Zweifel anzunehmen, daß Dritten gegenüber alle Vormünder handeln, also die Ueberstimmten mitwirken müssen; die überstimmte Minderheit ist zu dieser Mitwirkung verpflichtet und könnte nöthigen Falles durch Ordnungsstrafen dazu angehalten werden. Das im Falle der Meinungsverschiedenheit entscheidende Vormundschaftsgericht ist nicht der gesetzliche Vertreter; die Ausführung der Entscheidung ist Sache der Vormünder; diese müssen alle mitwirken, um den Mündel nach außen zu vertreten, und sind zu dieser Mitwirkung verpflichtet. Schultheis 60, Schröder-Mugdan 245.

d) Die Bestimmung nach Abs. 1 Satz 2 a. E. kann nur bei der Bestellung, nicht später erfolgen. Schultzenstein-Köhne (2) N. 4 zu § 1797.

II. 1. „Vertheilung" durch die Vormünder ist wirkungslos. Schlecht, Grünhuts Z. 28 760, Fuchs 93[4], Böhm (2) 76, Hesse 59, Schilgen 42.

2. a) Theilung und gemeinschaftliche Verwaltung gleichzeitig in der Weise möglich, daß mehrere Vormünder in einem bestimmten Wirkungskreise gemeinschaftlich verwalten, ein anderer Vormund einen anderen Geschäftsbereich zur alleinigen Verwaltung erhält; nicht aber darf mehreren derselbe Bereich, jedem zur selbständigen Verwaltung überwiesen werden. Schultheis 58 und 59.

b) Schlecht, Grünhuts Z. 28 762 schließt eine Mischung der Fälle des Abs. 1 und 2 schlechthin aus, insbesondere Bestellung eines Hauptvormundes und daneben von Einzelvormündern, von denen jeder in seinem Wirkungskreise mit jenem gemeinsam zu handeln hätte. Im Uebrigen empfiehlt er (a. a. O. 755) die Theilung, weil bei ihr das Prinzip der Selbständigkeit mit seinen Vortheilen zur Geltung komme. Für Zulässigkeit eines Hauptvormundes zur gemeinschaftlichen Führung mit Einzelvormündern Fuchs 95, Böhm (2) 76, Hesse 59.

c) Friedeberg empfiehlt DJZ. 02 366 sub 2 Anwendung des § 1797 Abs 2 bei weiblichen Mündeln und solchen im Kindesalter, um einer Frau als Vormund die Sorge für die Person, dem männlichen Mitvormunde die Sorge für das

Vermögen übertragen zu können und so den Vollwaisen Vater und Mutter zu ersetzen.

3. Für die Erfüllung der (öffentlich-rechtlichen) Buchführungspflicht (§ 38 HGB.) haften sämmtliche gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Prinzipals. Entgegenstehende Vereinbarungen sind für die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit unerheblich; anders wenn die zuständige Behörde den Wirkungskreis abgegrenzt hat, wie das z. B. das Vormundschaftsgericht bei mehreren Vormündern thun kann (§ 1797 Abs. 2 BGB.). Staub, Komm. z. HGB. (6. und 7.), N. 3 zu § 38. A. M. Cosack 62 Nr. 7.

§ 1798 (s. § 1629). § 1798 ist nach Planck zu § 1798 entsprechend anzuwenden auf Fälle anderer Vertheilung der Geschäfte und Kollisionsfälle zwischen Vormund und Pfleger. A. A. Staudinger, N. 5 zu § 1798, der nach N. 3 zu § 1794 Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten nur nach Maßgabe des § 1837 zuläßt, ebenso Schröder-Mugdan 501[6]. Auch Märcker (17) 569 ist allgemein für die Entscheidung sonstiger, die getrennten Wirkungskreise mehrerer Vormünder berührender Meinungsverschiedenheiten durch das Gericht, jedoch unter Berufung auf § 1797 Abs. 1 S. 2.

§ 1800. I. 1. a) Der Vormund, nicht das Vormundschaftsgericht bestimmt die Kosten der Erziehung des Mündels. Das Vormundschaftsgericht kann nur gegen den Vormund bei Mißbrauch einschreiten. KGJ. **21** A 194, CBlFrG. **1** 726, OLG. **2** 61, R. **01** 95, Seuff. A. **56** 279, Schlecht, Grünhuts Z. **28** 764, Spahn, Verw. 218.

Nach der herrschenden Meinung (z. B. Hesse 47, Schultetus 51, Planck, N. 1a zu § 1793) darf der Vormund selbständig den Erziehungsaufwand bestimmen und nöthigen Falles auch das Stammvermögen angreifen. Dagegen Scherer, Familienrecht 426 Nr. 726; er folgert die Nothwendigkeit der Genehmigung des Gerichts aus § 1806.

b) Der Ausübung nach kann der Vormund sein Erziehungsrecht durch Vertrag auf einen Anderen übertragen, ohne jedoch damit von der Pflicht zur Beaufsichtigung entbunden zu werden; der Andere erlangt damit auch die Zuchtgewalt. Der Vormund kann dem Mündel den Aufenthalt im Auslande gestatten und zwar auch zur Erziehung. Spahn, Verwandtschaft 218, 235. Die Verträge, wodurch die Erziehung Anderen übertragen wird, dürfen die eigene Ausübung des Erziehungsrechts durch den Vormund und die jederzeitige Zurücknahme nicht ausschließen. Schultetus 54.

c) Wird auf Antrag des Vormundes dem Mündel vom Gericht aufgegeben, binnen 8 Tagen einen (sittlich gefährdenden) Dienst zu verlassen, so hat gegen diese Anordnung der Dienstherr kein Beschwerderecht. BayrObLG., Seuff. A. **56** 164.

d) Der Vormund darf Briefe des Mündels öffnen, soweit es seine Amtspflichten erforderlich machen. Schultzenstein-Köhne, N. 3 a. E. zu § 1793, Märcker (17) 549.

2. Der Vormund bestimmt den Aufenthaltsort des Mündels. Das Vormundschaftsgericht kann nur bei Gefahr sittlicher Verwahrlosung eingreifen. OLG. **1** 366 (KG.). Nach Schultetus 52[2] darf der Vormund nicht ohne Genehmigung des Gerichts den Mündel in einer Erziehungsanstalt unterbringen (§ 1838); s. Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1793. Dagegen Planck, N. 1a zu § 1800, Schultheis 152.

3. Dem Vormunde können für die Nichtverfolgung eines gegen den Mündel gerichteten Antragsdelikts Schweigegelder nicht gültig versprochen werden, ebensowenig wie dem Gegenvormund eine Provision bei dem Zustandekommen eines Kaufvertrags über Mündelgut. Stammler, R. **00** 416.

II. Das Recht des Vormundes auf Herausgabe des ihm von dritter Seite vorenthaltenen Mündels kann nur im Prozeßwege durchgesetzt werden. Nußbaum, Buschs Z. 29 453[10], OLG. 1 357 (KG.), LG. Tilsit, CBlFrG. 1 15; a. A. Schröder-Mugdan 536, welcher Art. 17 preuß. FrGG. für anwendbar hält.

Der allein erziehungsberechtigte Vormund kann die Herausgabe des Mündels an die Mutter im Prozeßwege verlangen. Art. 17 preuß. FrGG. greift hier nicht Platz. OLG. 2 450 (KG.).

Zum Zwecke der Zurückführung eines flüchtigen Mündels kann von dem Vormunde polizeiliche Hülfe in Anspruch genommen werden. Entw. I § 1505 Abs. 2 und dazu Protok. (herausgegeben v. Achilles) 547 Nr. VII. Schultetus 55 c, wo irrthümlich Schultzenstein-Köhne, N. 2 u. 3 zu Abs. 2 zu § 1793 als abweichend angegeben und ein falsches Zitat (bezielt ist die Ztschr. f. franz. Civilrecht) angeführt ist; s. auch Schröder-Mugdan 536, Märcker (17) 546.

III. Wird die Ehe einer bevormundeten Minderjährigen vor Eintritt der Volljährigkeit derselben wieder aufgelöst, so tritt die Sorge des Vormundes (die durch die Eheschließung auf die Vertretung eingeschränkt war) in vollem Umfange wieder ein. Schröder-Mugdan 238.

§ 1801. Auch wenn die Sorge für die religiöse Erziehung dem Vormund entzogen ist, bleibt ihm doch die Sorge für die Person in jeder anderen Beziehung; eine scharfe Grenze läßt sich dabei nicht ziehen, bei Zweifelsfällen ist zu Gunsten des Vormundes zu entscheiden. Schlecht, Grünhuts Z. 28 765 f.

Das Entziehungsrecht besteht auch dem berufenen Vormunde gegenüber. Hesse 65, Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1801.

Verschiedenes religiöses Bekenntniß berechtigt das Vormundschaftsgericht nicht, dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Sorge für die religiöse Erziehung zu entziehen. Ackermann, Vorm. Schutz d. Haussohns 84.

§ 1802. 1. a) Das Inventar umfaßt das gesammte Vermögen, ohne Unterschied, ob es der Verwaltung des Vormundes unterliegt oder ein Dritter kraft eigenen Rechtes die Verwaltung hat, z. B. der Ehemann der minderjährigen Frau. Inwieweit der Berechtigte zur Mitwirkung verpflichtet ist, bestimmt das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß; der Ehemann erscheint dazu verpflichtet. Schultheis 63[3], ebenso Böhm (2) 89[7], Fuchs 198, Staudinger, N. 1 zu § 1802.

b) Planck, N. 1 zu § 1802 ist betreffs des der ehemännlichen Verwaltung unterliegenden Vermögens gleicher Ansicht, hebt aber hervor, daß das Vermögen, das der Verwaltung eines Pflegers untersteht, nicht vom Vormunde zu verzeichnen ist und ebensowenig das Vermögen, das der Vormund als Erbe verwaltet, während der Mündel Nacherbe ist (letzteren Falles Pflegerbestellung § 2121); Schultzenstein-Köhne, N. 1 zu § 1802.

c) Nach Hesse 67 kann der Vormund nicht gemäß § 1837 Abs. 2 zur Einreichung eines Verzeichnisses über Vermögen gezwungen werden, welches er in anderer Eigenschaft verwaltet, wenn auch dem Mündel gewisse Rechte daran zustehen (eventuell Pflegerbestellung) (s. KGJ. 10 63 und 15 73); Schröder-Mugdan 255[7] und [8]: Das Verzeichniß muß das gesammte Vermögen umfassen, ohne Rücksicht darauf, ob es unter der Verwaltung des Vormundes steht. Andererseits hat der Vormund nur das Vermögen zu verzeichnen, das er als Vormund für den Mündel verwaltet, nicht auch einen Nachlaß, dessen Vorerbe er, dessen Nacherbe der Mündel ist.

2. Das Verzeichniß ist offen einzureichen; selbst wenn vor 1. 1. 00 ein testamentarisches Verbot der Offenlegung wirksam getroffen war. LG. Frankfurt a. M., CBlFrG. 2 16.

3. Nach Scherer, Familienrecht 428 Nr. 730 kann das Vormundschaftsgericht verlangen, daß der Vormund das Inventar mit einem Eide bestärkt. A. A. Hesse 67 N. 3, Planck, N. 5 a. E. zu § 1802, Schröder-Mugdan 253.

4. Planck, N. 3 zu § 1802 ist für Anwendbarkeit des § 1640 hinsichtlich der summarischen Angabe der Haushaltsgegenstände und gegen das Erforderniß der Aufnahme der Schulden. Gegen letztere Ansicht die herrschende Meinung*), so z. B. Schröder-Mugdan 254.

§ 1803. 1. a) Die Anordnungen können sowohl eine Beschränkung als eine Erweiterung der gesetzlichen Befugnisse des Vormundes enthalten. Fuchs 77.

b) Eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vormundes kann aber durch die Anordnung nicht herbeigeführt werden. Planck, N. 5 zu § 1803, Schultheis 143, Fuchs 78, Hesse 70, Schultzenstein-Köhne, N. 4 zu § 1803, Schilgen 48. Nach Planck a. a. O. hat die Anordnung auf das Erforderniß der obervormundschaftlichen Genehmigung zu den dieser gesetzlich bedürfenden Rechtsgeschäften keinen Einfluß; ebenso Schröder-Mugdan 262; a. A. Opet 225[47].

c) Schultzenstein-Köhne, N. 6 zu § 1803 halten betreffs der Form der Anordnung des Zuwenders die allgemeine Form des Hauptgeschäfts für maßgebend; a. A. Planck, N. 4 zu § 1803, Staudinger, N. 1 zu § 1803 in Verb. m. N. 2b zu § 1638.

2. Abs. 2. Auf diese Genehmigung finden die §§ 1828 ff. keine Anwendung. Schultheis 143.

3. Abs. 3. Auch bei dringlichen Maßregeln ist nur im Falle dauernder Verhinderung obervormundschaftliches Eingreifen statthaft. Hesse 71. Ebenso bei Interessegefährdung. Staudinger, N. 4b zu § 1639, Schröder-Mugdan 262[17].

§ 1804. Unter das Verbot fallen nur reine Schenkungen im Sinne der §§ 516 ff. BGB. LG. Kaiserslautern, R. **01** 207, Hesse 72, Knitschky 186 (nicht unentgeltlicher Verzicht auf Pfandrecht).

Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung ist keine Schenkung. Scherer, Familienrecht, N. zu § 1804.

Ueber das Verhältniß des § 341 Abs. 3 zu § 1804 BGB.: Scherer a. a. O. 430 Nr. 739.

Satz 2. OLG. **3** 109, 110 (KG.): Die Ausnahme des Satzes 2 erfordert die größte Vorsicht, da der Kreis der sittlichen Pflichten kein fester ist und deshalb die Frage, ob im konkreten Falle etwas durch eine sittliche Pflicht geboten ist, sehr zweifelhaft sein kann.

§ 1805. Unter „Vermögen" fallen nicht Dienstleistungen des Mündels, die dieser dem Vormund unentgeltlich verrichtet (höchstens Mißbrauch der Person). Hesse 73; a. A. Planck zu § 1805, Staudinger, N. 1 zu § 1805, Schröder-Mugdan 319. „Für sich" heißt im ausschließlichen oder doch überwiegenden Interesse des Vormundes. Hesse 74, Schultzenstein-Köhne, N. 2 zu § 1805.

§ 1807 (s. a. § 1642). 1. a) Centrallandschaftliche Pfandbriefe sind zur Anlegung von Mündelgeld nicht geeignet. Cwiklinski, DJZ. **00** 522 u. **01** 132, Märcker (17) 555; a. M. Greiff, DJZ. **01** 88 u. 183 und Rukser das. 88.

b) Anlagen in außerpreußischen Pfandbriefen darf der preußische Richter nur zulassen, wenn sie vom Bundesrathe für geeignet erklärt sind. Märcker (17) 555.

c) Die Vorschriften des Landesrechts über mündelsichere Papiere gelten nur für die in dem Lande geführten Vormundschaften; bei Uebernahme der Vor-

---

*) Die Uebertragbarkeit der Vorschrift des § 1640 wird, soviel ersichtlich, von keinem anderen Schriftsteller angenommen und dürfte auch weder innere Gründe noch die Entstehungsgeschichte des § 1640 für sich haben (Schultheis).

mundschaft in einem anderen Staate kann aber die frühere Anlegung gemäß dem Landesrechte bestehen bleiben. Habicht (3) 679, Planck, N. 3 zu Art. 212.

2. a) Die durch Landesgesetz für dessen Gebiet getroffene Bestimmung der Grundsätze, nach denen die Sicherheit einer Hypothek u. s. w. sich bemißt, ist hinsichtlich der Beleihung der in diesem Bundesstaate belegenen Grundstücke für alle, auch die in anderen Bundesstaaten anhängigen Vormundschaften maßgebend. Boschan 192, Habicht (3) 679.

b) Wenn beim Verkauf eines Mündelgrundstücks Kaufgeld hypothekarisch gesichert stehen bleibt, so handelt es sich nicht um Geldanlegung, und ist formelle Mündelsicherheit nicht geboten. Der Art. 73 Pr. AG. z. BGB. gilt auch für die Hypotheken nichtpreußischer Mündel auf preußischen Grundstücken. Schultheis 80. Dagegen findet § 1807 Anwendung, wenn eine Mündelhypothek nachstehen soll. Schröder-Mugdan 269.

c) Auch Hypotheken an einem inländischen Erbbaurechte sind nach § 1807 Abs. 1 Nr. 1 geeignet, aber Art. 73 Pr. AG. z. BGB. giebt für die Feststellung der Mündelsicherheit solcher Hypotheken keine Normen; der Vormund muß daher die Sicherheit der Erbbaurechts-Hypothek im Einzelfalle pflichtmäßig prüfen. Pr. JMBl. 02 6 ff., CBlFrG. 2 647.

d) Den Hypotheken stehen Pfandrechte an solchen nicht gleich. Schröder-Mugdan 268[4], Schultzenstein-Köhne, N. 7 zu § 1807.

3. Ueber öffentliche Sparkassen s. HessRspr. 2 23.

4. a) Welche Art der Anlegung des § 1807 in erster Linie zu wählen ist, sagt das Gesetz nicht, ist also vom Vormunde nach pflichtmäßigem Ermessen zu bestimmen; hierbei wird zunächst auf gehörige Sicherheit, erst in zweiter Linie auf die Höhe des Ertrags zu sehen, bei vollständiger Sicherheit aber der höhere Ertrag vorzuziehen sein. In der Nichtbenutzung einer bestimmten, dergestalt günstigeren Anlagegelegenheit kann eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes liegen. LG. Thorn, CBlFrG. 1 289; s. a. Staudinger, N. 2 zu § 1807.

b) Es genügt, wenn die Anlegung innerhalb angemessener Frist erfolgt; nicht jeder kleinere verfügbare Betrag muß alsbald angelegt werden. BayrOLG. N. 02 558.

5. Die Regeln über Anlegung von Mündelgeld gelten nur für die Neuanlage. Immerhin ist es aber Pflicht des Vormundes, Papiere u. s. w., die im Vermögen des Mündels bei Einleitung der Vormundschaft sich befinden, abzustoßen, wenn sie nicht sicher genug erscheinen. Sache des Vormundschaftsrichters ist es, auf Befolgung dieser Vorschrift zu halten. Weißweiler, Handb. 110 f.; Leitf. z. Führ. d. Vormundsch. 37 f.

6. Schröder bespricht in der Elf.-Lothr. JZ. 26 374—376 die zur Zeit in Elsaß-Lothringen für die Erneuerung der Mündelhypotheken geltenden Bestimmungen.

7. Durch Anordnungen gemäß § 1803 können Abweichungen begründet werden. Staudinger, N. 3a zu § 1807 und 2d zu § 1642; Schröder-Mugdan 283'; Märcker (17) 555.

§ 1809. 1. a) Die Eintragung des nach § 1809 nothwendigen Sperrvermerkes in das Sparkassenbuch hat seitens der Sparkassenverwaltung, nicht seitens des Vormundschaftsgerichts zu erfolgen. Güthe, N. 00 507, Planck, N. 1 zu § 1809; s. a. HessRspr. 1 15, Märcker (17) 556.

b) Der Vormund ist berechtigt, zu verlangen, daß in dem Vermerke nur der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — nicht auch der des Gegenvormundes — Erwähnung gethan wird, das Gericht kann ihm diese Beschränkung zur Pflicht machen. Güthe a. a. O. 507.

c) Der Sperrvermerk ist nicht auf die Zinsen zu erstrecken. Planck, N. 1 zu § 1809; s. Hesse 90 (Zinsen sind nicht angelegtes Geld).

2. Genehmigung des Gegenvormundes und des Gerichts sind als gleichwerthig neben einander gestellt. Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1809.

3. Nach Beendigung der Vormundschaft wird die gerichtliche Genehmigung auf Antrag des Mündels, nicht des zur Vertretung nicht mehr berufenen Vormundes ertheilt. Schultheis 188[3].

Habicht (3) 349 ist der Meinung, daß eine vor 1. 1. 00 erfolgte Außerkurssetzung eines Sparkassenbuchs wirksam bleibe und nach Beendigung der Vormundschaft auch ohne Löschung des Vermerkes an den Mündel oder dessen Rechtsnachfolger, nicht aber an einen Dritten mit befreiender Wirkung gezahlt werden könne.

§ 1810. Von dem Erfordernisse der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an Stelle des Gegenvormundes giebt es zwei Ausnahmen: a) die des § 1810 Satz 2 a. E., b) die des § 1852. Im letzteren Falle hat auch ein vorhandener Gegenvormund nicht mitzuwirken, wohl aber im Falle zu a. Schultheis 78[4a].

Hesse 83 betont, daß nur bei Verhinderung oder unbegründeter Weigerung des Gegenvormundes das Gericht an seiner Stelle genehmigen darf, daher regelmäßig der Gegenvormund zunächst anzugehen ist.*)

Das Gericht ist nicht berechtigt, die Art der Anlegung von vornherein zu bestimmen. BayrObLG. R. **02** 558.

§ 1811. 1. Sicherheit der Anlage ist stets Voraussetzung der Genehmigung, sonst macht sich das Gericht verantwortlich. Schultheis 84, Hesse 84. OLG. **2** 39 (KG.).

Bei trotzdem vorhandener Sicherheit kann auch Ueberschreitung der Beleihungsgrenze genehmigt werden. Schilgen 58.

2. Die Genehmigung kann gleichzeitig und unter einem für eine ganze Kategorie von Anlegungsgeschäften erfolgen. Hesse a. a. O.

3. Die Genehmigung der Uebernahme nach § 416 seitens des Mündels als Gläubigers bedarf als anderweitige Kapitalanlage der obervormundschaftlichen Genehmigung gemäß § 1811, jedoch nicht zur Wirkung gegen die Schuldner. Scherer, Familienr. 433, Nr. 744.

Auch der Mobiliarkauf ist nach § 1811 genehmigungsbedürftig, soweit er nicht innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung stattfindet; einerlei, ob gegen Baar oder auf Kredit. Scherer a. a. O. 462 oben. (460 wird dem Mangel der Genehmigung aus § 1811 ausdrücklich Wirkung gegen Dritte beigelegt.)

§ 1812. 1. a) Genehmigungsbedürftig ist die Annahme der geschuldeten Leistung und die Kündigung, nicht aber die Einklagung. Schultheis 141; Fuchs 191; Schultetus 92[7]; Kuhlenbeck, Note 3 zu § 1812; Staudinger, Note 1b zu § 1812; Schultzenstein-Köhne, Note 5 zu § 1812; Schröder-Mugdan 312.

Die Kündigung einer Forderung des Mündels ist an die Genehmigung des Gegenvormundes geknüpft. Zur Kündigung einer Schuld des Mündels bedarf der Vormund keiner Genehmigung. Thiele, Die Kündigung insbes. bei Darlehen n. d. BGB., A.civPr. **89** 91 ff.; Fuchs 105 (s. aber 108 a. E.).

Brettner, R. **00** 84 Nr. 4 vertritt gegen Philler die Ansicht, daß zur Kündigung einer Mündelforderung wie zur Klagerhebung die Genehmigung nicht

---

*) Wenn Hesse a. a. O. weiter aus der Fassung des § 1810 Satz 1 Halbs. 2 folgert, daß in allen Fällen die an Stelle des Gegenvormundes vom Gericht ertheilte Genehmigung zur Gültigkeit des Geschäfts nach außen genügt, so muß demgegenüber hervorgehoben werden, daß angesichts des instruktionellen Charakters der ganzen Bestimmung die Frage der Gültigkeit des Geschäfts für diesen Spezialfall garnicht aufzuwerfen ist (Schultheis).

erforderlich sei. Ebenso Hesse 86; Scherer, Familienrecht 442 Nr. 753; Schilgen 60.

b) Auch die Aufrechnung ist genehmigungsbedürftig. Hesse 86; a. A. Scherer, Familienr. 441 Nr. 751.

2. a) Wird die Genehmigung des Gegenvormundes zur Abtretung einer Forderung des Mündels, der zu dieser Abtretung verpflichtet ist, auf Antrag des Dritten durch das Vormundschaftsgericht ersetzt, so ist dieselbe dem Vormunde, dem Gegenvormund und dem Dritten bekannt zu machen: sie wird erst mit der Rechtskraft wirksam (§ 53 FrGG.). Josef, Buschs Z. **29** 209 *); vgl. Planck, Note 3 a. E. zu § 1812.

b) § 1812 Abs. 2 ist auch im Falle des § 1824 anwendbar. Fuchs 114 f.

c) Papiergeld und Banknoten sind nicht Werthpapiere im Sinne des § 1812. Hesse 85 Nr. 3.

d) Verfügung über eine Hypothek auch dann genehmigungsbedürftig, wenn diese nicht dem Mündel allein, sondern mit anderen gemeinschaftlich (nach Bruchtheilen oder zu gesammter Hand) zusteht (ungetheilter Nachlaß). OLG. 5 410 (KG.).

3. Ist kein Gegenvormund vorhanden, so bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, auch dann, wenn ein Gegenvormund nach dem Gesetze nicht bestellt werden mußte, wie z. B. neben dem Pfleger. KGJ. **24** A 20, OLG. **4** 422.

4. Es genügt, wenn entweder der Gegenvormund oder das Gericht genehmigt hat; daß letzteres ohne Noth mit Uebergehung des Gegenvormundes eingetreten ist, hindert die Wirksamkeit nicht. Schultheis 139.

5. Der Gegner wird auch außerhalb des Grundbuchverkehrs eine Form der Genehmigung, die deren späteren Beweis sichert, fordern dürfen. Schultzenstein-Köhne, Note 4 zu § 1812.

6. Ordnungsstrafe gegen den grundlos weigernden Gegenvormund wegen der Möglichkeit des Ersatzes nach Abs. 2 ausgeschlossen. Schultzenstein-Köhne, Note 7 zu § 1812.

§ 1813. 1. Nr. 2. a) Der Nennwerth entscheidet in der Regel, nicht absolut. Scherer, Note zu § 1813.

b) Die Löschung einer Mündelhypothek (unter 300 M.) auf Grund einer Quittung des Pflegers, daß Mündel befriedigt sei, kann der Grundbuchbeamte ablehnen, falls weder Gegenvormund noch Gericht genehmigt haben, weil die Quittung nicht die erfolgte Zahlung ergiebt, zu einer anderen Verfügung als der Annahme der geschuldeten Leistung der Pfleger aber nicht befugt ist, der Grundbuchbeamte auch keine Ermittelungen über die Art der Befriedigung anzustellen braucht. KG Seuff. A. **56** 7.

c) Die Ausnahme des § 1813 trifft nicht zu, wenn die Zahlung nicht an den Vormund, sondern bereits an den Erblasser des Mündels erfolgt ist (so daß keine gerichtliche Nachprüfung bei der Rechnungslegung stattfindet); solchen Falles bedürfen Quittung und Löschungsbewilligung der Genehmigung des Gegenvormundes oder Gerichts, auch bei einer Hypothek unter 300 M. KG. CBlFrG. **3** 460.

2. Nr. 4. Nicht unter diese Vorschrift fällt der Kaufpreis für veräußerte Erntevorräthe. Schultheis 142[11]

---

*) § 53 FrGG. scheint hier zu Unrecht angewandt. Derselbe handelt nur von den Fällen der Ersetzung auf Antrag; das sind die Fälle, in denen der gesetzliche Vertreter die Zustimmung verweigert und diese ersetzt wird. Die obervormundschaftliche Genehmigung als Ersatz der des Gegenvormundes ist von einem Antrag unabhängig und steht auf gleicher Stufe mit der Genehmigung nach §§ 1821 ff. (Schultheis.)

3. Nr. 5. Nebenleistung ist auch die Vertragsstrafe wegen nicht gehöriger Erfüllung (§ 341). Hesse 89; Schultzenstein-Köhne, Note 6 zu § 1813.

§ 1814. 1. a) Unter die zu hinterlegenden Inhaberpapiere würden an sich auch die uneigentlichen Inhaberpapiere des § 807 gehören, wenn diese nicht durchweg als verbrauchbare Sachen zu betrachten wären. Schultheis 85.

b) Böhm 97 rechnet hierhin auch die Sparkassenbücher. Dagegen Fuchs 177[3], 179; Schultheis 85; Schultetus 116; Hesse 91 Nr. 2; Schröder-Mugdan 289.

2. Die Hinterlegungspflicht beschränkt sich auf die Papiere, die im alleinigen Eigenthume des Mündels stehen. Schultzenstein-Köhne, Note 3 zu § 1814; Schröder-Mugdan 289.

§ 1817. Besondere Umstände, die zur Befreiung führen können, sind die Persönlichkeit des Vormundes, seine Vermögensverhältnisse, seine Einrichtungen zur Aufbewahrung des eigenen Vermögens, Kostenersparniß bei Ausschluß jeglichen Nachtheils im Unterlassungsfalle. KGJ. 20 A 225; Schultetus 118[1].

Hesse 99 folgert aus der Nichterwähnung des § 1815, daß von der Verpflichtung aus § 1815, wenn der Vormund Inhaberpapiere auf den Namen des Mündels umschreiben oder in Buchforderungen umwandeln läßt, er nicht befreit werden könne. Ebenso Schröder-Mugdan 291; Schultzenstein-Köhne, Note 2 zu § 1817. A. A. Planck, Note 2 zu § 1817: Die Befreiung von der Verpflichtung aus § 1814 beseitigt zugleich die aus § 1815, die nur zur Abwendung jener dient.*)

§ 1818. Die Hinzufügung, daß die Herausgabe obervormundschaftlicher Genehmigung bedarf, ist nothwendig. § 51 der Preuß. HinterlO. v. 14. März 1879 ist als materiell-rechtliche Vorschrift beseitigt, insbesondere auch nicht durch Art. 145 EG. z. BGB. aufrecht erhalten. Schultheis 91[20].

§ 1819. Nur die rechtsgeschäftliche Verfügung des Vormundes ist genehmigungsbedürftig, nicht die im Wege der Zwangsvollstreckung sich vollziehende. Schultheis 138.

§ 1821. I. 1. Die obervormundschaftliche Genehmigung kein Rechtsgeschäft, sondern Amtshandlung. Schmid, CBlFrG. 3 266; Schultheis, daselbst 262; Schmitt, Seuff. Bl. 66 122; Scherer, JW. 01 353.

2. Die Schriftform ist für die Genehmigung und ihre Mittheilung durch den Vormund an den Dritten nicht vorgeschrieben. KGJ. 24 A 18; Fuchs 39; Schröder-Mugdan 81, 306; Hesse 103 u. 107; Scherer 467 zu § 1828; Planck, Note 9 zu § 1821 u. Note 3 zu § 1828 (nicht die für das Rechtsgeschäft bestimmte Form); s. a. Schmid, CBlFrG. 3 267 ff.

3. Schaus, RheinAV. 00 260 ff. macht praktische Vorschläge zur Vereinfachung und Beschleunigung des Ermittelungsverfahrens vor Ertheilung der Genehmigung.

4. Wenn der Bruder des Richters Vormund ist, ist der Richter von der Ertheilung der Genehmigung nicht ausgeschlossen. Josef, Buschs Z. 29 191.

5. a) Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann nur auf Antrag erfolgen. BadRpr. 00 209. Dagegen OLG. Braunschweig, CBlFrG. 2 432; Schmid, CBlFrG. 3 271.

---

*) Plancks Ansicht ist die richtige. § 1815 ist im § 1817 nur deshalb nicht erwähnt, weil er keine Verpflichtung begründet, sondern nur eine Befugniß gewährt. Es wäre auch ein seltsames Ergebniß, wenn das Gericht dem Vormunde zwar die Aufbewahrung der Papiere als Inhaberpapiere bei sich gestatten, nicht aber nach erfolgter Umschreibung auf den Namen das Gleiche erlauben könnte. Richtig ist nur, daß der Vormund die Hinterlegungspflicht des § 1814 nicht beseitigt, wenn er eigenmächtig die Umschreibung der Inhaberpapiere auf Namen ohne Sperrvermerk veranlaßt (Schultheis).

b) Das Gericht kann nicht einen Vertrag genehmigen gegen den Willen des Vormundes. LG. Darmstadt, HessRspr. 1 173. Es kann nur die Erklärung des Pflegers mit den Bedingungen genehmigen, die der Pfleger aufgestellt hat. Bayr. ObLG. R. 01 176 u. OLG. 2 200.

6. a) Die obervormundschaftliche Genehmigung wird wirksam einem Dritten gegenüber, sobald das (vorher) genehmigte Rechtsgeschäft vorgenommen und perfekt geworden ist; dann ist eine Abänderung ausgeschlossen. KGJ. 23 A 173.

b) Die Genehmigung zu einem Vertrage kann der Vormund auch nach dessen Abschluß einholen. OLG. 1 309 (BayrObLG.).

7. a) Das Erforderniß der Genehmigung beschränkt sich auf die im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Rechtsgeschäfte; bei anderen Geschäften hat die Genehmigung keine maßgebende Bedeutung und macht verbotene Geschäfte wie Schenkungen nicht gültig. Schultheis 93; Fuchs 187; Hesse 72 Nr. 2 a. E.; Scherer, Familienr. 429 Nr. 733; Opet 235.

b) Der Vormund kann nicht willkürlich das Erforderniß der Genehmigung für irgend ein Rechtsgeschäft herbeiführen. Schultheis 136.

8. a) Ist die Genehmigung nur unter Bedingungen ertheilt, so kann der Grundbuchrichter die Vorlage einer unbedingten Genehmigung verlangen; er ist nicht verpflichtet, die Uebereinstimmung des Vertrags mit den Bedingungen der Genehmigung oder die sonstige Erfüllung der Bedingungen zu prüfen. Schultheis 92[6].

b) Nach Schlomka, CBlFrG. 2 871 ff. hat der Grundbuchrichter die Eintragung einer Rechtsänderung von dem Nachweise der obervormundschaftlichen Genehmigung in keinem Falle abhängig zu machen. Dagegen Schultheis, CBlFrG. 3 261 ff., welcher diesen Nachweis, abgesehen von den Fällen der §§ 1810 Satz 2, 1823, für erforderlich erachtet, und weiter erörtert, ob Genehmigung und deren Nachweis bereits bei der Auflassung vorliegen muß. S. a. Kretzschmar, SächsA. 11 203 ff.

9. Anfechtung einer Genehmigung wegen Irrthums des Richters. Schröder-Mugdan 309[23]; Schultzenstein-Köhne, Note 2 Abs. 3 zu § 1821; Schultheis 98.

Genehmigt wird der Vertrag nur mit dem aus der Vertragsurkunde dem Vormundschaftsrichter erkennbaren Inhalte. RG. JW. 02 44 (mit Bezug auf § 42 Pr. VO.); Märcker (17) 565.

10. Der Bevollmächtigte des Vormundes bedarf der Genehmigung wie dieser selbst; es ist, abgesehen von der Prokura, nicht etwa Genehmigung zur Vollmachtsertheilung erforderlich. OLG. 5 410. (KG.).

11. Eine Verfügung, die nach dem 1. 1. 00 auf Grund einer früher eingegangenen Verpflichtung erfolgt, ist genehmigungsbedürftig, auch wenn sie dies vor dem 1. 1. 00 nicht war. Niedner (2), Note 2cγ zu Art. 210; Habicht (3) 684, der hervorhebt, daß die Verpflichtung zur Verfügung rechtswirksam ist, Mündel also bei Verweigerung schadensersatzpflichtig wird.

II. 1. a) Die Zustimmung des Pflegers zu einer vom Vater vorgenommenen Veräußerung von Grundstücken des Gesammtguts ist Verfügung im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1. BayrObLG. R. 02 150, CBlFrG. 2 829, OLG. 4 414, Seuff. A. 57 275.

b) Nach Kretzschmar, CBlFrG. 3 476 gilt dasselbe von der Zustimmung des Vormundes des Ehemanns zur Veräußerung eines zum eingebrachten Gute der Frau gehörigen Grundstücks.

c) Die Theilung eines Grundstücks bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. OLG. 1 309 (BayrObLG.); Schultzenstein-Köhne, N. 4 zu § 1821.

d) Das Erforderniß der Genehmigung besteht grundsätzlich auch für die Fälle, in denen ein Dritter ein Recht auf den Erwerb hat und dies Recht außerhalb eines Rechtsstreits befriedigt werden soll.[1]) So auch, wenn Naturaltheilung eines gemeinsamen Grundstücks nach § 752 BGB. in Frage steht und die Verpflichtung zur Theilung in einem von dem Vormund angestrengten Prozesse durch Urtheil ausgesprochen, der Mündel also nicht zur Auflassung verurtheilt ist. Schultheis 102[15]; Schröder-Mugdan 295; Schilgen 68[3].

e) Keine Genehmigung zu dem Verkauf ererbter Mündelgrundstücke durch den Testamentsvollstrecker gemäß den Bestimmungen des Erblassers. Schröder-Mugdan 296[6].

2. a) Die Prozeßführung ist keine genehmigungsbedürftige Verfügung. Fuchs 37, Schultheis 100, Schröder-Mugdan 295. Die Abtretung der Eigenthumsklage bedarf nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung, desgleichen nicht die Ueberlassung der Ausübung eines dem Mündel zustehenden Nießbrauchs. Schultheis 101.

b) Die Abtretung der dem Mündel zustehenden Eigenthümerhypothek ist genehmigungsbedürftig; desgleichen die Eintragung des Kündigungsausschlusses für eine bestehende Hypothek an einem Mündelgrundstücke. Schultheis 100.

Nach Hesse 105 umfaßt der Begriff Hypothek in Abs. 2 auch die Eigenthümerhypothek; ebenso Planck, N. 2a zu § 1821.

c) Die Unterwerfung eines Hypothekenschuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung bedarf als eine Verfügung über das Grundstück der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. KGJ. **21** A 19, CBlFrG. **1** 825, R. **01** 205, Seuff. A. **56** 455 [2]); ebenso Boschan 244; a. M. Schultheis 100, Schultzenstein-Köhne, N. 4 zu § 1821.

3. Da bei der Veräußerung eines Grundstücks sowohl der Kaufvertrag wie die Auflassung sich als Verfügung über das Grundstück darstellen, so bedürfen beide der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, und der Vormund ist daher bei der Genehmigung des Veräußerungsvertrags zur Auflassung zu ermächtigen. Boschan 244.

Nr. 1 und 3. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht nur zum Verkauf eines Mündelgrundstücks, sondern noch außerdem zur Auflassung erforderlich. Jastrow Th. II 253 Anm. 3 [3]).

Für die Genehmigungsbedürftigkeit der Auflassung als solcher unabhängig von der des Kausalgeschäfts, Fohr, A.civPr. **92** 407, 409.

Ob die Genehmigung des Kausalgeschäfts zugleich die der Auflassung enthält, ist Auslegungsfrage. KG. CBlFrG. **3** 52, R. **02** 319; Schröder-Mugdan 295; Schultzenstein-Köhne, N. 4 zu § 1822, N. 6 zu § 1823; Schultheis 103[22].

4. Der Verfügung über ein Grundstück steht auch hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit nach Artt. 184, 196 EG. und Art. 40 Pr. AG. z. BGB. eine Berechtigung, die ein Grundbuchblatt erhält, gleich. Keiner, CBlFrG. **2** 135.

5. Nr. 4. a) Bei dem Erwerb von Grundvermögen gegen Entgelt ist genehmigungsbedürftig nicht sowohl der dingliche Vertrag (z. B. die Entgegennahme der Auflassung) als das zu Grunde liegende obligatorische Geschäft; deshalb keine Genehmigung nöthig, wenn letzteres von dem Rechtsvorgänger des Mündels vorgenommen ist. Schultheis 105[2], Schröder-Mugdan 297. Dagegen Fohr, A.civPr. **92** 407 [4]).

---

[1]) Vgl. LG. Mainz, HessRsp. **1** 133.
[2]) S. BayrObLG. R. **02** 352 Nr. 1731.
[3]) S. LG. Colmar, R. **01** 176 Nr. 569.
[4]) Fohr unterscheidet nicht den Fall des § 1821 Nr. 4 von denen des § 1821 Nr. 1-2, nur

b) Das Mitbieten des Vormundes in der Zwangsversteigerung sowie die Ausübung eines Vorkaufsrechts bedürfen der obervormundschaftlichen Genehmigung. Schultheis 105, Schröder-Mugdan 297, Schultzenstein-Köhne, N. 9 zu § 1821.

§ 1822. I. Unter Nr. 1 (Bruchtheil des Vermögens) fällt auch Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1822.

II. Nr. 2. 1. Es ist selbstverständlich, daß die Ausschlagung nicht aus Liberalität gegenüber dem Nächstberufenen, sondern nur aus Rücksicht auf die Beschaffenheit des Nachlasses erfolgen darf. Schultheis 133.

2. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Anerkennung eines Testaments ist nicht erforderlich, wenn in diesem der Pflichttheil des Mündels verkürzt ist, wohl aber dann, wenn in der Anerkennung selbst ein Verzicht auf den Pflichttheil enthalten ist. OLG. Darmstadt, HessRsp. **2** 122. Ebenso Hesse 107 u. 108. Schröder-Mugdan 298.

3. a) Unter § 1822[2] fällt nicht die Erhebung der Theilungsklage. Fuchs 28, Hesse 108.

b) Erbtheilung begrifflich Aufhebung der Gemeinschaft durch Nachlaßtheilung; Anerkennung der Höhe der Erbquote noch keine Erbtheilung. **RG.** JW. **02** 357 (pr. R.).

c) Das Erforderniß der Genehmigung beschränkt sich auf Erbtheilungen und ist nicht auf Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft auszudehnen. Planck, N. 2c Abs. 4 zu § 1822, Scherer, Familienrecht 449.

d) Ist von dem Erblasser „Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten" angeordnet, so bedarf auch die den Bestimmungen des Dritten entsprechende Erbtheilung der Genehmigung; das Gericht hat sie aber nur daraufhin zu prüfen, ob sie nicht offenbar unbillig ist. Schultheis 135.

III. Nr. 3. 1. Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Erwerbgeschäfte des Mündels ist genehmigungsbedürftig. Schultheis 106[5].

2. a) Es macht keinen Unterschied, ob die Betheiligung des Mündels als offener Gesellschafter, Kommanditist oder stiller Gesellschafter in Frage steht. Jedoch zur Erklärung des Erben gemäß § 139 HGB., in der Gesellschaft als Kommanditist zu verbleiben, bedarf der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht. Frankenburger, Holdheims MSchr. 8 93.

b) Nr. 3 kommt nicht zur Anwendung, wenn ein Mündel als Kommanditist (§ 161 HGB.) sich betheiligt, weil für ihn nicht der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, sondern lediglich eine Vermögensanlage vorliegt. Staub, Komm. zu § 161 HGB. (6. u. 7.) N. 6. Das Gleiche gilt von der Betheiligung als stiller Gesellschafter. Staub HGB. zu § 335 N. 25.

3. a) „Der Vormund — § 1643 BGB. der Vater — bedarf"; hierdurch ist die rechtliche Wirksamkeit der besonders aufgeführten Handlungen des gesetzlichen Vertreters, auch wenn derselbe das Erwerbsgeschäft mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts begonnen hat, von der Genehmigung dieses Gerichts abhängig. Frankenburger, Holdheims MSch. 8 92; s. a. KG., CBlFrG. **2** 779, KGJ. **23** A 89, OLG. **4** 452, R. **02** 177.

b) Die einzelnen im Betrieb eines ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts von dem Vormunde für den Mündel entgeltlich erworbenen Erwerbsgeschäfts mit gutgläubigen Dritten abgeschlossenen Geschäfte sind für den Mündel

---

in letzteren ist die Verfügung genehmigungsbedürftig. Fohr hält übrigens selbst (a. a. O. 414 oben) einen Tausch mit der Gegenleistung einer unbeweglichen Sache, zu deren Uebertragung das Kind in Folge einer Verbindlichkeit seines Erblassers verpflichtet ist, nicht für genehmigungsbedürftig. (Schultheis.)

verbindlich. Dernburg, Preuß. Vormundschaftsr. 173. Schultetus, N. 5 100 Nr. 7. (S. zu § 1645).

IV. Nr. 4. Gewerblicher Betrieb als Gegensatz zum land- und forstwirthschaftlichen; doch fällt unter jenen auch Stärkefabrik, Zuckerfabrik als gesonderter landwirthschaftlicher Nebenbetrieb. Schultzenstein-Köhne, N. 9 zu § 1822, Planck, N. 4 zu § 1822.

V. Nr. 5. 1. „Wiederkehrende Leistungen" im Sinne der Nr. 5 sind auch die Theilzahlungen bei einem Abzahlungsgeschäfte. Schultheis 114.

2. Bei Verträgen über ungetheiltes Gut mehrerer Mündel entscheidet das Alter des ältesten. Schröder-Mugdan 300.

3. Ist der ungenehmigte Vertrag bis zur Vollendung des 22. Jahres gültig? Bejaht von Opet 230[67], Scherer 342; verneint im Anschluß an Mot. IV 1142 von Fuchs 30, Hesse 110, Marcus, CBlFrG 1 777, Fränkel 148[2], Schilgen 70.

VI. Nr. 6. Genehmigungsbedürftig sind nur Lehrverträge, die der Vormund schließt, nicht solche, die auf Grund des § 9 d. preuß. Fürs.Erz.Ges. vom Provinzialverbande geschlossen werden. OLG. 5 290 (KG.).

VII. Nr. 7. 1. Der Vertrag der nicht geschäftsfähigen Handlungsgehilfen zu persönlichen Leistungen für länger als 1 Jahr bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Boschan 234.

2. Nach Schultzenstein-Köhne, N. 14 zu § 1822 findet Nr. 7 keine Anwendung auf Gesindeverträge (Art. 95 EG.). Märcker (17) 549, 561; s. a. Spahn 223. Dagegen Keiner, CBlFrG. 2 135; s. a. Schultheis 109[5].

VIII. Nr. 8. 1. Beim Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen dem Mündel und einem Dritten, dem die Geschäftsführung zusteht, bedarf die Geldaufnahme auf Kredit der Gesellschaft durch den Dritten keiner Genehmigung. BayrObLG. R. 02 103, DJZ. 02 179.

2. a) Gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich zum Abschluß eines Lieferungsvertrags auf Kredit des Mündels. Frankenburger a. a. O. 93.

b) Waarenkäufe auf Borg sind nicht genehmigungsbedürftig. Böhm 132, Opet 230[69], Schröder-Mugdan 301, Hesse 110, Fränkel 148, Schilgen 70, Fohr, A.civPr. 92 412, 422; a. A. Scherer 462 oben mit Bezug auf § 1811 [nur innerhalb ordnungsmäßiger Verwaltung soll der Vormund ohne Genehmigung des Gerichts kaufen können (?)].

3. Unter diese Vorschrift fällt nicht die Umwandlung einer Kaufgeldschuld in eine Darlehnsschuld. Schultheis 115.

Genehmigung ist auch dann, wenn eine Eigenthümergrundschuld der Mündel unter Umwandlung in eine Darlehnshypothek abgetreten wird, zur Entstehung der mit der Grundschuld zu verknüpfenden persönlichen Forderung nothwendig. OLG. 5 409 (KG.).

IX. Nr. 9. Die Ausstellung der Legitimationspapiere des § 808 BGB. ist nicht genehmigungsbedürftig. Schultheis 116.

Indossirung protestirter Wechsel ist nicht genehmigungsbedürftig. Knitschky 176[1], ebenso nicht Indossirung „ohne Gewährleistung". Schultheis 116[7].

Vermerk der Genehmigung auf dem Papier ist nicht nothwendig, doch im Interesse des Papiergläubigers, namentlich für den Urkundenprozeß, geboten. Opet 230[70], Schröder-Mugdan 301.

X. Nr 10. 1. Die Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB. ist nicht genehmigungsbedürftig. Schultheis 118.

2. Das Versprechen der Tilgung einer vermeintlich eigenen, in Wirklichkeit aber fremden Schuld fällt nicht unter Ziff. 10 (Anfechtung wegen Irrthums). Knitschky 177.

3. Eine genehmigungsbedürftige Uebernahme fremder Verbindlichkeiten ist auch die Uebernahme der Schuld des Veräußerers eines Grundstücks, für die dies hypothekarisch haftet, bei dem Grundstückserwerbe (§§ 415, 416 BGB.). Wenn auch der mit der Wirkung des § 417 Abs. 2 BGB. haftende Erwerber in der Regel in dem Grundstückswerthe Deckung findet, so kann das Grundstück aber auch mit Hypotheken überlastet sein, deshalb hat das Gesetz keine Ausnahme gemacht. Daher bedarf auch der elterliche Gewalthaber der Genehmigung. BayrObLG. R. 02 435, Seuff. A. 57 459.

4. Genehmigung ist auch dann nöthig, wenn der Eintritt in fremde Schuld gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäfts ist. Planck, N. 10 zu § 1822.

XI. Nr. 11. Die gerichtlich genehmigte Prokura enthält stillschweigend die im § 1825 BGB. zugelassene Ermächtigung für den Prokuristen im Umfange des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs. Schultheis 118[9]; 140[1a], Cosack, Handelsr. § 21[39]. Die von dem Vater mit gerichtlicher Genehmigung ertheilte Prokura enthält eine umfassendere Ermächtigung als die von dem Vormund ausgehende, z. B. Vergleichsschluß im gewöhnlichen Betrieb ohne die Beschränkung des § 1822[12]. Schultheis 241[5a], s. Staub, Komm. z. HGB. (6. u. 7). § 48 N. 4.

Die Zurücknahme der Prokura ist nicht genehmigungsbedürftig. Schröder-Mugdan 302.

XII. Nr. 12. 1. Für die Werthberechnung (300 M.) sind die §§ 6 ff. CPO. entsprechend anwendbar. Schultheis 121, vgl. Schilgen 71. Maßgebend ist der Werth z. Z. der Schließung des Vergleichs. Fuchs 32, Staudinger, N. 2 zu §§ 1821, 1822, Schilgen 71.

2. Der Zwangsvergleich im Konkursverfahren unterliegt, da er als Vergleich, nicht als gerichtliche Entscheidung aufzufassen ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Fuchs 33, Hesse 113 Abs. 3, Schultetus 105 Abs. 2 u. 3, Boschan 235, Scherer 455, Kuhlenbeck, N. 11 zu 1822, Märcker (17) 561, Schilgen 71; a. M. Brettner, R. 00 265, Schultheis 121[6], Schröder-Mugdan 302. Scherer a. a. O. hebt hervor, daß der Nennwerth der Forderung im Konkurse nicht maßgebend sei für den Werth von 300 M.

3. Prozeßvergleiche sind genehmigungsbedürftig wie sonstige Vergleiche. Im Anschluß an RG. 19 367 Planck, zu § 1822 N. 12, Fränkel 142, Fuchs 33, Hesse 113, 40, Schultheis 121[5], Scherer 455 (341), Schröder-Mugdan 232, Märcker (17) 561, Schilgen 71; dagegen Brettner, R. 00 264, Reincke, (4) N. 4b zu § 54, Struckmann-Koch, (7) N. zu § 54, Gaupp-Stein, (5) N. III zu § 54 (Gültiger Vergleichsschluß vorbehaltlich der Haftbarkeit des Vormundes).

XIII. Nr. 13. 1. Zur Löschung der Mündelhypothek muß der Grundbuchrichter, wenn ihm nur Löschungsbewilligung, nicht auch Quittung vorgelegt wird, die obervormundschaftliche Genehmigung verlangen. Schultheis 119, Fuchs 183.

2. Genehmigungsbedürftig ist der Verzicht des Mündels auf das im Konkurse des Vaters ihm nach § 61 Nr. 5 KO. zustehende Vorrecht; bei der Frage der Genehmigung sind auch zweifellose sittliche Pflichten des Mündels zu berücksichtigen. OLG. 3 109 (KG.).

3. Die Genehmigung zu einer Minderung der Sicherheit darf nur innerhalb der durch § 1807 gezogenen Grenzen ertheilt werden. Fuchs 34. Hesse 114.

§ 1823 (s. § 1645). Als Fortführung erscheint nicht die Fortsetzung einer durch Tod eines Gesellschafters nach § 131 Nr. 4 HGB. aufgelösten Gesellschaft, an welcher der Erblasser des Mündels betheiligt war; diese Fortsetzung ist genehmigungsbedürftiger Geschäftsbeginn. Hesse 115; ebenso Planck, N. 1 zu § 1823, der in diesem Falle noch § 1822 Nr. 4 anwendet; Schröder-Mugdan 259[12].

§ 1825. In der Regel ist spezielle Genehmigung zu jedem Rechtsgeschäfte nothwendig, auch zur Wirksamkeit im Verhältnisse zu Dritten. Schultheis 92[3], Hesse 116, Schröder-Mugdan 306, Staudinger, N. 1 zu § 1825, Schilgen 73. Eine allgemeine Ermächtigung des Vormundes nach § 1825 BGB. macht im Falle des § 112 Abs. 1 Satz 2 den Mündel nicht hinsichtlich dieser Geschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, er bedarf vielmehr im Einzelfalle der Zustimmung des Vormundes. Schultheis 107.

§ 1826. Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf die Fälle des Ersatzes der Zustimmung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht, wohl aber auf die Fälle des § 1803 Abs. 2 u. 3. Schultheis 160[3], 143; auch nicht auf den Fall des § 1812 Abs. 2, Schulzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1826; a. A. Schröder-Mugdan 316[32].

Auch vor der zu faktischem Handeln erforderten Genehmigung (z. B. § 1823) ist der Gegenvormund zu hören. Fuchs 40, Hesse 117, Schröder-Mugdan 307.

Wie die Anhörung erfolgt, ist gleichgültig. Hesse 117, Schröder-Mugdan 307.

§ 1827. Ueber die Anhörung des Mündels im Falle des Abs. 1 vgl. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 61, im Falle des Abs. 2 a. a. O. 67.

Der bei der Anhörung von dem Mündel abgegebenen Erklärung kommt keine maßgebende Bedeutung zu. Cosack, Handelsr. § 12[3].

Die Anhörung kann in jeder Form geschehen (mündlich, schriftlich). Schultetus 108, Schultheis 95[16], Schröder-Mugdan 396; Schaus, RheinAV. **00** 263.

§ 1828. 1. Der andere Vertragstheil kann zwar den Antrag auf Ertheilung der Genehmigung stellen; das ist aber nur eine Anregung zur Thätigkeit des Gerichts, auch in diesem Falle kann die Genehmigung nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden. Schultheis 92; vgl. Josef, Buschs Z. **29** 205[37].

2. a) Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung nicht dem anderen Kontrahenten gegenüber erklären. Frankenburger a. a. O. 93, Kretzschmar, SächsA. **11** 205.

b) Die Genehmigung ist auch nicht neben dem Vormund noch dem anderen Kontrahenten gerichtsseitig bekannt zu machen. Josef, Buschs Z. **29** 205.

c) Die Genehmigung kann nur dem Vormunde, die Verweigerung der Genehmigung aber auch dem anderen Theile (§ 182 BGB.) bekannt gemacht werden; materielle Wirksamkeit der Verweigerung tritt aber nur gemäß § 1829 ein. OLG. Braunschweig, CBlFrG. **2** 431.

d) Der Vertragsgegner hat dann ein Beschwerderecht gegen die Entscheidung über die Genehmigung, wenn der zu genehmigende Rechtsakt sein wohlbegründetes Recht betrifft, z. B. genehmigungsbedürftige Erfüllung einer auf den Mündel vererbten Verpflichtung. OLG. Braunschweig, CBlFrG. **2** 432 und 557; Schultheis 97[26].

3. a) Die Erklärung der Genehmigung kann auch durch ein ersuchtes Gericht erfolgen. Schmid, CBlFrG. **3** 267. Sie kann auch gegenüber einem Vertreter des Vormundes erfolgen; solcher kann trotz § 181 der Käufer betreffs der Genehmigung des Kaufvertrags sein. Schmid a. a. O. A. A. betreffs der Zulässigkeit der Vertretung bei Entgegennahme der Genehmigung Schröder-Mugdan 246. Für Zulässigkeit der Vertretung Kockerols, CBlFrG. **1** 438, Schultzenstein-Köhne, N. 2 zu § 1828. OLG. **5** 406 (KG.); BayrObLG. CBlFrG. **3** 458.

b) Die nachträgliche Mittheilung über Ertheilung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts läßt sich durch geeignete Fassung des Vertrags vermeiden. Kockerols, CBlFrG. **1** 438, Lutz, Seuff. Bl. **66** 117 ff.

4. Die Bekanntmachung ist erfolgt, wenn die Genehmigung dem Vormunde „zugeht" (vgl. § 130); im Falle der Zustellung ist § 130 analog anzuwenden. Schmid a. a. O. 269.

5. Der Beweis für die Ertheilung der Genehmigung ist von demjenigen zu erbringen, der sich darauf beruft. Hesse 120; s. Wach, Buschs Z. 29 391 über die Beweislast hinsichtlich der Genehmigung.

6. § 1828 findet keine Anwendung auf die Verfügungen, welche die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ersetzen. Schultheis 158, Hesse 120.

§ 1829. 1. a) In Ermangelung anderweiter Vereinbarung genügt die Mittheilung des Vormundes an den anderen Theil, daß die Genehmigung ertheilt sei, ohne daß es der Vorlage der schriftlichen Verfügung bedarf. Schultheis 97. Die Genehmigung hat im Zweifel mit der im § 184 Abs. 2 bestimmten Maßgabe rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Schultheis 97 und CBlFrG. 3 263, Knitschky 181, Schröder-Mugdan 310. Nach Eintritt der Volljährigkeit kann die obervormundschaftliche Genehmigung nicht mehr wirksam werden, wenn nicht bereits der Vormund die Erklärung, die die Mittheilung der Genehmigung an den anderen Kontrahenten enthält, abgegeben hat, mag dieselbe diesem auch noch nicht zugegangen sein. Schultheis 99.

b) Die Mittheilung der Genehmigung durch den Vormund hat rechtsgeschäftliche Bedeutung; die gerichtliche Verfügung ist als innere Angelegenheit der Vormundschaft nur für den Vormund bestimmt, dem anderen Theile gegenüber wird sie erst durch die Mittheilung wirksam, bei Unterlassen der Mittheilung ist sie für diesen nicht vorhanden. BayrObLG., OLG. 5 407, DJZ. 02 512, R. 02 350, Schultheis, CBlFrG. 3 262, Schmid daselbst 270, zweifelnd Schmitt, Seuff. Bl. 66 122.

c) Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, von Amtswegen die Akten dem Grundbuchamte zur Kenntnißnahme von der erfolgten (dem Vormunde bereits eröffneten) Genehmigung einer vom Vormunde getroffenen Verfügung vorzulegen; das Grundbuchamt darf eine solche Mittheilung nicht als gleichwerthig mit der Vorlegung durch den Vormund betrachten. Kretzschmar, SächsA. 11 205.

d) Sind bei einem Vertrage zwei Mündelgruppen betheiligt, so wird die Genehmigung und damit der Vertrag erst wirksam, wenn die mehreren Vertreter der verschiedenen Mündelgruppen den anderen Betheiligten die Genehmigung mitgetheilt haben. OLG. 3 300 (KG.).

e) Obwohl der andere Vertragschließende gebunden ist, hat er doch vor der Mittheilung der Genehmigung durch den Vormund noch kein Recht auf die Leistung, ein Dritter kann noch inzwischen ein besseres Recht erwerben. Hesse 121, Schultzenstein-Köhne, N. 4 zu § 1829.

f) Hat das Vormundschaftsgericht zu einem Kaufvertrage über ein Grundstück des Mündels die Genehmigung ertheilt, so ist eine Beschwerde hiergegen nur so lange zulässig, als die Genehmigung noch nicht Dritten gegenüber wirksam geworden ist, also vom Gerichte dem Vormund und von diesem dem Grundstückskäufer, wenn auch nur formlos und mündlich, mitgetheilt ist. KGJ. 24 A 11.

2. a) Die Mittheilung nach § 1829 kann nicht durch Verzicht ausgeschlossen, wohl aber dadurch ersetzt werden, daß die Interessenten erklären, die Zusendung des Genehmigungsbeschlusses an den beurkundenden Notar solle mit rechtlicher Wirkung für sie erfolgen. LG. Coblenz, CBlFrG. 2 737 a. E.; s. dazu Kockerols, CBlFrG. 1 439. Der Vormund kann nicht durch Verzicht auf die Bekanntmachung die Wirksamkeit der Genehmigung von anderen als den gesetzlichen Voraussetzungen abhängig machen, ebensowenig können die übrigen Betheiligten durch Verzicht bewirken, daß die Genehmigung mit der Ertheilung gegenüber dem Vormunde ihnen gegenüber wirksam wird, wohl aber können sie, entsprechend § 151

BGB., dem Vormunde gestatten, den Entschluß, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, in anderer Weise als durch Mittheilung zu bethätigen. OLG. **4** 114 (BayrObLG.); Schultheis, CBlFrG. **3** 265; Schmid, daselbst 270.

b) Gegen die Wirksamkeit eines Verzichts auch Ofenstätter, Z. f. Not. i. Bayern **00** 90, der Mittheilung an den Gegner oder einen Bevollmächtigten durch den Vormund selbst (nicht einen Bevollmächtigten desselben) erfordert (Zustellung oder Konstatirung in einer Nachtragsurkunde).

c) BayrObLG., CBlFrG. **3** 458 und R. **02** 509, hält Bevollmächtigung des Notars zur Entgegennahme der obervormundschaftlichen Genehmigung, Mittheilung derselben an die anderen Betheiligten und Entgegennahme dieser Mittheilung mit der Wirkung für zulässig, daß die Genehmigung in dem Augenblicke wirksam wird, in dem sie dem Notar von dem Gerichte zugeht; s. auch Lutz, Seuff. Bl. **66** 120.

3. a) Soweit es sich um grundbuchmäßige Geschäfte des Minderjährigen handelt, muß gemäß § 29 GBO. die Mittheilung des Vormundes an den Gegner durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **26** 11. Desgl. LG. Straßburg 175 daselbst.

b) Der beurkundende Notar, der die obervormundschaftliche Genehmigung im Namen des Vormundes dem Vertragsgegner mittheilt, kann diese Mittheilung (rechtsgeschäftliche Erklärung) nicht selbst beurkunden; das wäre keine öffentliche Urkunde. Soweit aber beurkundet ist, daß der andere Theil die Mittheilung erhalten hat, ist die Urkunde öffentlich (§§ 168, 170 Nr. 1 RFGG. stehen nicht entgegen). Bayr. ObLG., R. **02** 351, DJZ. **02** 512, OLG. **5** 407; s. auch LG. Köln, CBlFrG. **1** 619 und Z. f. Not. i. Bayern **01** 85.*

c) Lutz, Seuff. Bl. **66** 117 ff. hält im Geltungsbereiche des Art. 14 Bayr. NotGes. v. 10. 11. 1861 (bis zur Grundbuchanlegung) auch für die Mittheilung der obervormundschaftlichen Genehmigung öffentliche Urkunde für erforderlich: Mittheilung zu notarieller Nachtragsurkunde durch den Vormund an den Gegner oder durch oder an den ausdrücklich dazu ermächtigten Notar. Gegen die Nothwendigkeit notarieller Beurkundung der Mittheilung Schmitt, Seuff. Bl. **66** 122, Scherer, JW. **01** 352. Schmitt hält überhaupt den Nachweis der Bekanntmachung und Mittheilung dem Hypothekenamte gegenüber für entbehrlich, Scherer anscheinend den Nachweis der Mittheilung.

4. Abs. 2. Es kann eine längere Frist vereinbart werden. Nach fruchtlosem Fristablaufe wird der Gegner frei; ob er trotzdem bei dem Vertrage stehen bleiben will, ist seine Sache. Hesse 122. Die Rechtsfolge, daß die Genehmigung als verweigert gilt, tritt von Rechtswegen ein; auch der gesetzliche Vertreter des Kindes darf sich darauf berufen. Knitschky 180[3].

5. Abs. 3. a) Die Genehmigung des Mündels ist dem anderen Theile, nicht dem zur Vertretung nicht mehr berufenen Vormunde gegenüber, wie der Wortlaut annehmen läßt, zu erklären. LG. Metz, R. **01** 493, Planck, N. 6 zu § 1829, Opet 232[77], der jedoch a. a. O. N. 77 im Falle des § 1822 Nr. 5 nur seitens des 21 Jahre alten Kindes wirksame Genehmigung für möglich hält.

b) Nach Hesse 122 setzt die Anwendung des Abs. 3 voraus, daß der Mündel die Volljährigkeit innerhalb der 2wöchigen Frist des Abs. 2 erreicht; a. A. Planck a. a. O., welcher lehrt, daß im Falle der Volljährigkeit vor der Aufforderung nach Abs. 2 die letztere an den Mündel selbst zu richten ist. Ebenso Schröder-Mugdan 310 a. E.

c) Die Erben eines Mündels sind an sich berechtigt, Verträgen, die nach Abschluß durch den Vormund wegen des inzwischen eingetretenen Todes des Mündels das Vormundschaftsgericht nicht mehr genehmigen kann, durch ihre eigene Geneh-

migung Rechtswirksamkeit zu verleihen; wesentliche Voraussetzung ist aber daß der Vertragsgegner nicht nur mit dem Mündel, sondern unter Umständen auch mit den Erben abschließen will, und nicht den Umständen nach es ihm auf die Person des Mündels ankomme, wie bei einem Vergleich über Alimente für ein uneheliches Kind. KG. OLG. **4** 416, R. **02** 322, Seuff. A. 57 317.

§ 1830. Die Behauptung der Genehmigung hat der andere Theil als eine Mittheilung im Sinne des § 1829 Abs. 1 aufzufassen, so daß er annehmen kann, der Vertragsabschluß sei nunmehr rechtswirksam geworden; deshalb fehlt ihm der Anlaß zur Aufforderung nach § 1829 Abs. 2, der § 1830 bestimmt die Rechtsfolge, welche dieser von dem Vormunde geflissentlich hervorgerufene Irrthum für den gutgläubigen Dritten hervorbringt. Hesse 123.[1]) Nach Planck, N. 3 zu § 1830 kommt es nicht darauf an, ob sich der Vormund der Unwahrheit seiner Behauptung, die Genehmigung sei ertheilt, bewußt war. Ebenso Scherer, N. zu § 1830.

Der Widerruf kann nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden. Hesse 123; a. A. Schultetus 111[2], der auch Erklärung gegenüber dem Mündel nach § 109 Abs. 1 zuläßt.

§ 1831. 1. Die ohne obervormundschaftliche Genehmigung durch den Vormund erklärte Ausschlagung einer Erbschaft ist ebenso wie die ohne die erforderliche Genehmigung erfolgende Kündigung unheilbar nichtig; die nachfolgende Genehmigung kann ihre Wirksamkeit nicht herbeiführen. KGJ. **21** A 197, CBlFrG. **1** 865 u. **2** 564, R. **02** 16. Ebenso LG. Frankfurt a. M., CBlFrG. **1** 766; Märcker (17) 228. A. A. Ofenstätter, Z. f. Not. i. Bayern **00** 91 (Konvaleszenz in entsprechender Anwendung des § 185 BGB.).

2. Die für die hypothekarische Grundstücksbelastung erforderliche Willenserklärung ist ein einseitiges, der vorgängigen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfendes Rechtsgeschäft; vorgenommen wird aber dies Geschäft nicht schon mit der urkundlichen Erklärung der Eintragungsbewilligung, sondern erst mit ihrer Aushändigung an das Grundbuchamt; im letzteren Augenblicke braucht daher erst die Genehmigung vorzuliegen. KG. CBlFrG. **3** 374, OLG. **5** 406, R. **02** 555; vgl. Lutz, Seuff. Bl. **66** 118 u. 121; Scherer, JW. **01** 354. S. a. KG. OLG. **5** 404, R. **02** 533 Nr. 2474, wo trotz früherer Erklärung gegenüber dem Eigenthümer (§ 875 Abs. 1 Satz 2) in der späteren Einreichung der Erklärung bei dem Grundbuchamte durch den Vormund oder einen Vertreter erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts erblickt wird.

Ofenstätter, Z. f. Not. i. Bayern **00** 92 geht davon aus, daß Hypothekbestellung ein Vertrag, nachträgliche Genehmigung wirksam und die Mittheilung derselben an den Gegner nicht zu prüfen sei.[2])

3. Die nachfolgende Genehmigung, als solche wirkungslos, kann als Genehmigung für das erneut vorzunehmende Geschäft wirksam werden. Schultzenstein-Köhne, Note 3 zu § 1831.

4. a) Die Vorlegung der Genehmigungsurkunde kann nicht wie in den Fällen der §§ 111, 174, 182 ersetzt werden; doch ist nicht vorgeschrieben die unmittelbare Vorlegung durch den Vormund, es genügt die auf dessen Antrag erfolgende Aushändigung durch das Gericht an den Dritten. Habicht, JW. **01** 774.

[1]) Die Annahme, daß § 1830 auch dann anwendbar sei, wenn die Genehmigung nach dem Vertragsschlusse wahrheitswidrig von dem Vormunde „behauptet" ist, erscheint nicht zutreffend. Die Wortfassung „hat behauptet", in Verbindung mit der am Schlusse vorgesehenen Ausnahme weisen mit Nothwendigkeit darauf hin, daß nur die vor oder bei dem Vertragsschlusse erfolgte Behauptung gemeint ist (s. auch Prot. IV 798, § 1681 b) (Schultheis).

[2]) Die beiden a. a. O. 92 a. E. angeführten Beispiele sind irrig. 1. Widerrufsrecht der Bank nur im Falle des § 1830 gegeben; 2. die obervormundschaftliche Genehmigung einer Darlehnszusage aus dem Mündelvermögen hat nur instruktionelle Bedeutung (Schultheis).

b) Ueber Zeit, Ort, Akt der Vorlegung und die Personen, von welchen und an welche sie zu geschehen hat, Habicht a. a. O. 775 ff.: Der Gegner kann nur Einsicht, nicht Abschriftnahme fordern; wird er nicht angetroffen, so genügt zunächst die versuchte Vorlegung, auf Verlangen ist später Einsichtnahme da, wo die Urkunde sich befindet, zu gewähren.

§ 1833. I. 1. Die Umstände des Einzelfalls können so geartet sein, daß der Vormund aus der Verletzung seiner Aufsichtspflicht dem Mündel auch für denjenigen Schaden einzustehen hat, den dieser sich selbst in Folge der Verletzung der Aufsichtspflicht durch eine unerlaubte Handlung zugefügt hat. Spahn, Verwandtsch. 216 f.

2. Ist eine Frau Vormund, so haften für den Schaden aus einem Versehen das nach dem Eintritte des Verhältnisses der Gütergemeinschaft oder der Errungenschaftsgemeinschaft vorgekommen ist, das Gesammtgut und auch der Mann persönlich als Gesammtschuldner mit der Frau, sofern er seine Zustimmung zur Uebernahme der Vormundschaft gegeben hat, sonst haftet nur das Eingebrachte bzw. das Vorbehaltsgut der Frau. Weißweiler, Handb. 132.

3. Der Vormund haftet für das Verschulden des Vertreters, durch den er einzelne ihm obliegende Geschäfte ausführen läßt, gemäß § 278 wie für eigenes. Fuchs 116; Schröder-Mugdan 38. A. A. Planck Note 4 zu § 1833, der nur Haftung gemäß § 664 eintreten läßt.

II. 1. Abs. 2 bezieht sich nur auf mehrere Vormünder, nicht die Haftung des Vormundes neben einem Dritten. Planck, Note 9 zu § 1833; a. A. Hesse.

2. Der überstimmte Mitvormund haftet nicht. Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1833.

III. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung befreit den Vormund nicht immer; selbst ausdrückliches Gebot oder Verbot des Gerichts befreit den Vormund nur dann ausnahmslos, wenn er von den zulässigen Rechtsmitteln fruchtlosen Gebrauch gemacht hat. Hesse 126 (s. a. 136 Nr. 4 Abs. 3); Staudinger, Note 2 zu § 1833. Schröder-Mugdan 37.

IV. Der Schadensersatzanspruch des Mündels verjährt nach 30 Jahren. Böhm (2) 74; Fuchs 118; Kuhlenbeck, Note 1 zu § 1833.

V. Vorbehaltlose Entlastung bewirkt Befreiung auch wegen pflichtwidriger Handlungen, die der Entlastende erkennen konnte, wenn auch Schaden noch nicht vorauszusehen war. Schröder-Mugdan 39.

§ 1835. 1. a) Der Vormund hat keinen Anspruch auf Ersatz für seine Zeitversäumniß. Spahn, Verwandtsch. 214; Planck, Note 2 zu § 1835; Scherer, Familienr. 475. A. A. hinsichtlich der nach der Arbeitsleistung bezahlten Arbeiter Fuchs 193, Böhm (2) 71, Schultetus 137[4].*) Hesse 129.

b) Als Aufwendungen des Vormundes gelten auch solche Dienste desselben, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören. Nicht dafür also soll dem Vormund Ersatz werden, daß er überhaupt Zeit und Mühe für den Mündel aufgewendet hat, sondern dafür, daß er ihm Dienste geleistet hat, die in den Beruf des Vormundes einschlagen, und zu deren Leistung sonst ein anderer Fachmann von ihm hätte herangezogen werden müssen. Daher kann ein Vormund, der Rechtsanwalt ist, für die Erhebung und Ablieferung von Geld an den Mündel keine Gebühr beanspruchen. Schultzenstein-Köhne § 1835 Anm. 8; Hesse § 1835 Anm. 1 u. 5; Schultetus 137; Schröder-Mugdan 34; Märcker (17) 572. Vgl. auch KGJ. 4 81, 6 44, 7 46, 13 80, 16 40. Bendix, Privatr. 754.

---

*) Wenn Schultetus als Grund für die Ersatzpflichtigkeit des Erwerbsverlustes bei Arbeitern anführt, daß bei diesen die Verwendung der Zeit als solche gegen Entgelt ihrem Berufe entspreche und damit Abs. 2 heranziehen will, so trifft dies um deswillen nicht zu, weil es sich hier nicht um die Leistung von Berufsarbeiten handelt. (Schultheis).

2. Der Abwesenheitspfleger kann Ersatz der Auslagen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, aus dem Vermögen der Abwesenden fordern; deshalb kann auch der für ihn thätig gewordene Notar unmittelbar seine Gebühren und Auslagen bei der Theilung des Nachlasses, an dem die Abwesenden betheiligt sind, sich anweisen lassen; die Prüfung steht vorbehaltlich des Rechtswegs dem mit der Genehmigung der Theilung befaßten Richter zu. OLG. Colmar, CBlFrG. 2 483.

3. Im Falle des § 1803 wird der Ersatzanspruch wegen Aufwendungen durch die von dem Erblasser gezogenen Grenzen beschränkt; bei Ueberschreitung derselben ohne gerichtliche Genehmigung nur Ersatzanspruch nach §§ 812 ff. Hesse 130.

4. Ist der Mündel vermögenslos, so haftet nicht der Staat, aber eventuell unterhaltspflichtige Verwandte und Armenverband. Hesse 131; Schultzenstein-Köhne Note 5 zu § 1835.

§ 1836. 1. a) Die Bewilligung des Honorars des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht kann auch nach Beendigung der Vormundschaft erfolgen. KGJ. **21** A 199, OLG. **2** 262, CBlFrG. **1** 801, R. **01** 172 (vgl. Nußbaum, Buschs Z. **29** 449 ff.); s. a. KGJ. **24** A 23; CBlFrG. **3** 55; R. **02** 320; ebenso Schultheis 149; Böhm (2) 70; s. a. KGJ. **11** 65 ff.; a. M. Schröder-Mugdan 36, 346; Fuchs 195; Hesse 133; Staudinger, Note 5 zu § 1836; Schultzenstein-Köhne, Note 7 zu § 1836.

b) Die bewilligte Vergütung kann im Prozeßwege geltend gemacht werden. Nußbaum, Buschs Z. **29** 481[107]; Josef, R. **02** 92; Hesse 133; Märcker (17) 571.

c) Dagegen kein klagbarer Rechtsanspruch auf eine Vergütung, die vom Vormundschaftsgerichte nicht bewilligt ist. Spahn, Verwandtsch. 215; Staudinger, Note 4 zu § 1836.

2. Nach dem Wortlaute des Satzes 2 (Abs. 1) könnte man annehmen, daß dem Vormund auch ohne besondere Gründe ein Honorar bewilligt werden kann; es müssen aber immer die in Satz 3 genannten Gründe vorliegen. Letztere genügen aber auch unter Umständen für Honorarbewilligung an den Gegenvormund. Schilgen 79[1].

3. Ob und in welcher Höhe einem Pfleger eine Vergütung für seine Bemühungen zu gewähren ist, richtet sich nach den für die Vormundschaft geltenden Vorschriften. LG. Frankfurt, CBlFrG. 2 18.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837. 1. 1. Ueber das Aufsichtsrecht im Allgemeinen Schultheis 54 ff., Nußbaum, Buschs Z. **29** 446, Schultzenstein-Köhne, N. 2 zu § 1857.

2. Die Ausübung der Aufsicht über die gesammte Thätigkeit des Vormundes ist Amtspflicht des Vormundschaftsrichters. Weißweiler, Handb. 17 104 ff.

3. An der Verwaltung des vormundschaftlichen Amtes hat das Vormundschaftsgericht keinen Theil und sich des Eingreifens in dieselbe durch Ertheilung von Anweisungen an den Vormund oder in sonstiger Weise zu enthalten. Das Vormundschaftsgericht darf insbesondere in die von dem Vormund ergriffenen Maßregeln nicht schon aus dem Grunde eingreifen, weil es dieselben für nicht zweckentsprechend erachtet. Endemann, BGB. 927, 928 u. N. 14 das.; Neumann, § 1837 N. 1; Schultetus 143—144, Schlecht, Grünhuts Z. 28 752, Spahn, Verwandtsch. 205, 206, Fuchs 8, 23, 76, Hesse 136, Nußbaum, Buschs Z. 29 448[2]: Solange der Vormund pflichtgemäß verfährt, kann ihm das Gericht keine bindenden Vorschriften auferlegen; s. KGJ. **21** A 194, Seuff. A. **56** 279, CBlFrG. **1** 726, R. **01** 95, OLG. **1** 366; s. a. LG. Darmstadt, HessRspr. **1** 173.

Schultzenstein-Köhne, N. 2 zu § 1837 halten Einschreiten bei einer durch eine Unzweckmäßigkeit begangenen Pflichtwidrigkeit für zulässig; s. a. Schröder-Mugdan 44, Märcker (17) 576.

4. Friedeberg, DJZ. 02 365 ff. handelt über „erzieherische Aufgaben des Vormundschaftsrichters".

5. Da der Vormund selbständig ist, kann er seine Verantwortlichkeit wegen gebotener Verwaltungsmaßregeln nicht deshalb ablehnen, weil das Gericht ihn nicht darauf aufmerksam gemacht hat. BayrObLG. N. 02 558.

6. Das Gericht hat erforderlichen Falles dahin zu wirken, daß der Vormund begründete Ansprüche gegen den Mündel befriedigt; die Unterlassung verletzt aber kein Recht des Gläubigers (§ 20 FrGG.). OLG. 2 449 (BayrObLG.). Es kann ihn aber nicht zwangsweise zur Anerkennung der Ansprüche anhalten. Schröder-Mugdan 344 u. 44[67].

7. Das Vormundschaftsrecht des BGB. beherrscht der Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes; dieser Grundsatz erleidet aber eine Einschränkung durch § 1837 Abs. 1, wonach der Vormund der beständigen Aufsicht des Vormundschaftsgerichts untersteht, welches bei Meidung eigener Haftung (§ 1848) gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes (Handlungen oder Unterlassungen) durch geeignete Gebote oder Verbote einzuschreiten hat.

Der Vormund eines unehelichen Kindes ist verpflichtet, den Kindesvater zu ermitteln und dem Vormundschaftsgericht namhaft[1]) zu machen, und kann hierzu durch Geldstrafen angehalten werden. Schäfer, Seuff. Bl. 67 50, 51 in Uebereinstimmung mit Staudinger, § 1837 Z. 1 u. § 1717 Z. 6.

II. Ueber Ordnungsstrafen Nußbaum, Buschs Z. 29 484 ff., welcher insbesondere die Zulässigkeit einer Verbindung der Androhung mit der zu erzwingenden Verfügung gegenüber Isaac, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 21 683 und die Unzulässigkeit der Festsetzung der angedrohten Strafe nach der — wenngleich verspäteten — Vornahme der Handlung betont; Anwendung von Gewalt (unmittelbarem Zwange) gegenüber dem Vormund ist zulässig (Nußbaum a. a. O. 496), jedoch fällt darunter keine Zwangsvorführung vor das Gericht (a. a. O. 499 N. 173).

Für Zwangsvorführung Begr. z. Entw. d. preuß. FrGG. 16, Josef, N. 2 zu Art. 17, Rausnitz 196, N. 40, Birkenbihl, N. 1 zu Art. 17, Schultze-Oberneck, N. 21 zu Art. 17.

2. Bei wiederholter Verhängung einer Ordnungsstrafe muß jeder einzelnen Straffestsetzung eine besondere Androhung vorausgehen. BayrObLG. N. 02 74, OLG. 5 291, Seuff. A. 57 367; Schultheis 57.

3. Ordnungsstrafen können gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt nicht verhängt werden. KG. OLG. 1 284, CBlFrG. 1 323. Vgl. hierüber Boschan, CBlFrG. 2 160, Schultheis ebenda 2 165; a. M. Opet 252[140], s. zu §§ 1667, 1892.

4. Das Ordnungsstrafrecht beschränkt sich auf die Dauer der Vormundschaft und des vormundschaftlichen Amtes. Schröder-Mugdan 44 412 ff., Schultzenstein-Köhne, N. 5 zu § 1837.

III. Das Vormundschaftsgericht ist nicht dazu berufen, Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Vormund und einem Gläubiger zum Austrage zu bringen. BayrObLG. N. 02 150.

Das Vormundschaftsgericht braucht nicht jeder Anregung von Familienmitgliedern zu Maßnahmen gegen den Vormund durch Erörterung des Sach-

---

[1]) Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen Geheimhaltung des Namens auch dem Gericht gegenüber stattfindet, z. B. bei Angebot einer Vergleichssumme unter der Bedingung absoluten Schweigens über die Person des Vaters (Schultheis).

verhalts zu folgen, wenn jede Glaubhaftmachung der Behauptungen fehlt. LG. Dresden, CBlFrG. I 283.

§ 1838. 1. Die Bezeichnung einer geeigneten Familie, Erziehungs- oder Besserungsanstalt kann, wo dies erforderlich erscheint, seitens des Vormundschaftsgerichts selbst geschehen. Die Ausführung der von demselben getroffenen Anordnung liegt dem Vormund ob. Hesse, § 1838 N. 2, Schultetus 53—54; vgl. Köhne, Gruchots Beitr. 40 610, Fuchs 161, Märker (17) 578.

Daß die bezügliche Verfügung „gegen den Willen des Vormundes ergeht" und deshalb nur dann inhaltlich zweckentsprechend ist, wenn darin eine bestimmte Familie oder Anstalt festgestellt wird (Endemann II 950 N. 5), geht aus dem Gesetze nicht hervor.

Die von dem Gericht angeordnete Unterbringung liegt dem Vormunde wie den sonstigen Erziehungsberechtigten ob, bei der Zwangserziehung den Verwaltungsbehörden; die Kosten trägt das Kind und für dieses die unterhaltspflichtigen Verwandten. Schultheis 156.

2. Sind keine Mittel da und auch nicht im Wege der Armenpflege bereitgestellt, so bleibt nur Fürsorgeerziehung. Märcker (17) 578.

3. Im Falle des § 1838 kann das Vormundschaftsgericht die Herausgabe des Mündels von jedem Dritten zwecks Unterbringung in der Anstalt erzwingen, da die Durchsetzung einer Maßregel im öffentlichen Interesse in Frage steht. Nußbaum, BuschsZ. 29 454 u. 462; Dronke daselbst 517.

4. Die Beschränkung des Satzes 2 gilt auch dann, wenn dem Elterntheile die Sorge nur neben dem Vormunde zusteht. Staudinger, N. 2 zu § 1838, Schröder-Mugdan 198, Knitschky 264.

5. Auch gegen Ausländer ist die Anordnung zulässig, auch wenn sie noch nicht im Inlande bevormundet sind. Schröder-Mugdan a. a. O.

§ 1840. 1. a) Die Pflicht zur Rechnungslegung ist lediglich eine öffentlichrechtliche, dem Vormundschaftsgerichte gegenüber zu erfüllende, nicht zugleich eine dem Mündel gegenüber bestehende privatrechtliche Verpflichtung. („Dritter Abschnitt: Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts", § 1840: „dem Vormundschaftsgerichte Rechnung zu legen". — § 1890: „dem Mündel . . . Rechenschaft abzulegen.") Schultetus 148—149 (s. jedoch 157); a. A. mit den Motiven 1157 Abs. 4, Neumann § 1840 N. 2, Hesse § 1840 N. 1, Fuchs 204, Schilgen 83.

b) Die Pflicht zur Rechnungslegung setzt voraus, daß ein Vermögen vorhanden ist und verwaltet, nicht nur verwahrt wird; auch dann keine Rechnungslegung, wenn nur Anspruch auf Unterhaltsgelder innerhalb des Bedürfnisses des Mündels vorhanden ist. Schröder-Mugdan 326; vgl. Planck, N. 3 zu § 1792.

2. a) Die thatsächliche Verwaltung durch einen Stellvertreter berührt die Rechnungslegungspflicht des Vormundes nicht. Schultzenstein-Köhne, N. zu § 1840.

b) Gehört ein Handelsgeschäft zum Vermögen des Mündels, so hat der Vormund jährlich eine aus den kaufmännisch geführten Büchern gezogene Bilanz dem Vormundschaftsgerichte vorzulegen. Frankenburger, Holdheims MSchr. 8 92.

3. a) Da die erste Rechnungsperiode mit dem thatsächlichen Beginne der Verwaltung ihren Anfang nimmt und die Frist von einem Jahre nicht überschreiten soll, so erscheint es am zweckmäßigsten, wenn das Rechnungsjahr so bestimmt wird, daß es mit dem Beginne der Verwaltung anfängt. Schultheis 67.

b) Das Rechnungsjahr kann auch von Rechnung zu Rechnung festgesetzt werden. Schilgen 83.

4. Der Umfang der Verwaltung ist auch dann ein geringfügiger, wenn zwar ein großes Vermögen vorhanden, dessen Verwaltung — z. B. weil in Staatspapieren angelegt und auf der Reichsbank hinterlegt — jedoch geringe Arbeit macht. Schröder-Mugdan 327.

5. Von dem Vormunde kann auch gemäß § 259 Abs. 2 der Offenbarungseid verlangt werden. Hesse 141 oben.

§ 1841. 1. Ueber die Handkäufe des täglichen Verkehrs können Beläge nicht verlangt werden, da deren Ertheilung nicht üblich ist. Inwieweit die Beschaffung der Beläge erforderlich ist, unterliegt überhaupt der verständigen Beurtheilung des Richters, bei der außer der Verkehrssitte die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen sind. Schultheis 69. Auch die Persönlichkeit des Vormundes kann dabei in Betracht gezogen werden. Hesse 143; a. A. Planck, N. 1 zu § 1841.

Die Rechnung ist von dem Vormunde zu unterschreiben. Schultheis 70, Schröder-Mugdan 329.

2. Abs. 2. Die Vorlegung der Bücher kann der Vormund nicht unter Berufung auf das geschäftliche Interesse (Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen) ablehnen. Hesse 143.

Das Erwerbsgeschäft braucht kein kaufmännisches, die Buchführung keine doppelte zu sein. Schultzenstein-Köhne, N. 3 u. 4 zu § 1841, Schilgen 84[5].

§ 1842. Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Bestellung gegeben sind, so ist vor der Abnahme der Rechnung die Bestellung zu veranlassen. Schröder-Mugdan 329, Hesse 144, Schultheis 71.

Die Vorlegung bedeutet im Gegensatze zu § 1841 die wenigstens zeitweilige Ueberlassung in den Gewahrsam des Gegenvormundes. Habicht, JW. 01 777.

§ 1843. Die Schranken des Aufsichtsrechts sind auch bei der Prüfung der Rechnung maßgebend; insbesondere ist das Gericht nicht dazu berufen, über unerledigt bleibende Ansprüche zwischen Vormund und Mündel zu entscheiden. Schultheis 71, 72, Schröder-Mugdan 331, Märcker (17) 579.

Erkennt der Vormund einen Anspruch, der dem Mündel gegen ihn nach Ansicht des Vormundschaftsgerichts zusteht, nicht an, so kann dieses ihm nicht die Anerkennung bei Ordnungsstrafe gebieten, vielmehr ist allein der Rechtsweg gegeben, auch wenn der Anspruch aus Verletzung der Amtspflicht des Vormundes erwachsen ist. BayrOLG. N. 02 558, Schilgen 85.

Der Richter haftet auch für Schaden, der durch rechnerische Irrthümer erwächst, vorbehaltlich seines Regresses gegen den Rechnungsbeamten. Märcker (17) 579.

§ 1844. 1. a) Voraussetzung ist, daß das Vermögen der Verwaltung des Vormundes unterliegt; ein bloßes Verwahren vormundschaftlicher Vermögensstücke rechtfertigt daher nicht das Verlangen einer Sicherheitsleistung. Fuchs 205, Schröder-Mugdan 334.

b) Voraussetzung der Anwendung des § 1844 Abs. 1 ist nur, daß der Vormund Vermögen des Mündels verwaltet und daß besondere Gründe, die von der Ehrenhaftigkeit und Zuverlässigkeit des Vormundes ganz unabhängig sein können, dem Vormundschaftsgericht eine Sicherheitsleistung erforderlich erscheinen lassen, z. B. die Einziehung eines Sparkassenguthabens, in Folge deren der Vormund erhebliches Baargeld in die Hand bekommt. OLG. 4 115 (KG.).

2. a) Das Vormundschaftsgericht kann den Vormund in der Weise zur Sicherheitsleistung anhalten, daß es durch einen zu diesem Zwecke zu bestellenden Pfleger Klage erheben läßt. Hesse § 1844 N. 3, Planck, N. 5 zu § 1844, Schröder-Mugdan 337[6], Schultzenstein-Köhne, § 1844 N. 4, Böhm 105, Schultheis

148, Schultetus 160 Nr. 5; a. A. Neumann, § 1844 N. 1b, Endemann II 929 N. 23, Engelmann, R. 00 19, Staudinger, N. 2 zu § 1844.

b) Während seines Amtes hat der Vormund keine Klage auf Aufhebung der Sicherheit. Schröder-Mugdan 335.

3. Ueber freies Ermessen des Gerichts s. Recke, A.bürgR. 20 152.

4. Abs. 2. a) Die Löschung oder Theillöschung einer gemäß § 54 des FGG. eingetragenen Sicherungshypothek erfolgt in keinem Falle auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts; letzteres ertheilt vielmehr lediglich auf Grund des § 1844 Abs. 2 eine Löschungsbewilligung, und dem Vormunde bleibt es überlassen, die Hypothek löschen zu lassen. Boschan 258; ebenso Fuchs 207, Schröder-Mugdan 336.

b) Die Vertretungsbefugniß des Gerichts ist auf die Dauer des Amtes des Vormundes beschränkt. Planck, N. 7 zu § 1844, Schröder-Mugdan 337, Schilgen 86 u. 115[6].

c) Ist die Sicherheit durch Hypothek bestellt, so hat der Vormund nach seiner Entlassung ein Recht auf Löschungsbewilligung nur nach allgemeinen Grundsätzen, also sofern ihm Entlastung ertheilt oder zu ertheilen ist; die Löschungsbewilligung hat der neue Vormund oder der unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Mündel zu geben. Schultheis 147, Schultzenstein-Köhne, N. 9 zu § 1844 u. N. 11 zu § 1892, Märcker (17) 573.

§ 1846. 1. a) Soweit der Vormund zum Handeln berufen ist, z. B. zur Recherche nach dem natürlichen Vater des Mündels, kann das Vormundschaftsgericht nicht an Stelle des Vormundes Handlungen vornehmen, demzufolge auch nicht Rechtshülfe in dieser Beziehung von anderen Gerichten verlangen. OLG. Rostock, OLG. 1 282, R. 01 233.

b) Das Gericht darf auf Grund des § 1846 keine Handlung vornehmen, die dem Vormunde nicht zusteht. Schultzenstein-Köhne, N. 2 zu § 1846, LG. Tilsit, CBlFrG. 1 17.

2. a) Das Vormundschaftsgericht kann vor Bestellung des Vormundes die erforderlichen Maßregeln selbst treffen, z. B. einen Pachtvertrag abschließen, eine Hypothekenbestellung entgegennehmen oder einen Pfleger zur Besorgung der betreffenden Angelegenheit bestellen. Weißweiler, Handb. 145.

b) Das Vormundschaftsgericht kann im Falle des § 1846 nicht nur thatsächliche Fürsorge üben, sondern auch als gesetzlicher Vertreter des Mündels handeln. Planck, N. 2 zu § 1846. LG. Tilsit, CBlFrG. 1 17; Fuchs 15, Schröder-Mugdan 182 (Abschluß dringlicher Verträge), Staudinger, N. 2 zu § 1846 (Kündigung); a. M. Schultheis 263; s. a. LG. Darmstadt, HessRspr. 1 173.

c) Nußbaum, Buschs Z. 29 453 führt aus, daß das Gericht lediglich an Stelle des Vormundes vorläufig und aushülfsweise, soweit erforderlich, die thatsächliche Fürsorge für den Mündel ausüben soll.

3. Das Vormundschaftsgericht kann auch schon vor Bestellung des Vormundes eine Fürsorgeerziehung gemäß § 1838 anordnen, wenn es diese im Interesse des Mündels für erforderlich hält. Böhner, R. 02 253.

4. Märcker (17) 575 schließt aus der weiten Fassung des § 1846, daß die Ergänzung der Zustimmung des Vormundes zur Ertheilung eines Arbeitsbuchs nach § 108 GewO. neben der Gemeindebehörde auch durch das Vormundschaftsgericht erfolgen könne; a. A. Schultheis 112[13].

§ 1847. 1. Die Verwandten und Verschwägerten sind nicht Zeugen und nicht Sachverständige auch nicht zum Erscheinen und zur Auskunftsertheilung verpflichtet. Schultheis 10, 94.

Schultzenstein-Köhne Note 6 zu § 1847 u. 40 und Märcker (17) 580 halten Zwang nach Art. 15 u. 17 Pr. FrGG. zum Erscheinen (nicht zur sachlichen Aeußerung) für statthaft.

2. Die Anhörung kann mündlich oder schriftlich geschehen, zu Protokoll oder privatschriftlich. Fuchs 21; Hesse 152; Schilgen 88[3], der betont, daß mehrere Verwandte gehört werden sollen.

3. Bei Bestehen eines Familienraths mit Verwandten oder Verschwägerten des Mündels kann von weiterer Anhörung abgesehen werden. Hesse 152.

4. „Entscheidungen" sind hier Entschließungen, die in irgend einer näheren Beziehung die Sorge für Person oder Vermögen betreffen und nicht unmittelbar auf gesetzlicher Norm beruhen. Hesse 152.

5. Abs. 2. a) Die Ausschließung des Rechtswegs bezieht sich nur auf die Festsetzung des zu erstattenden Betrags. Die Festsetzungsverfügung ist kein vollstreckbarer Titel; eventuell Klage gegen den Vormund erforderlich. Schultheis 95. Ebenso Nußbaum, Busch 3. 29 455 u. 481; Hesse 154; Schultzenstein-Köhne, Note 15 zu § 1847.

b) Eine Frist für die Liquidirung ist nicht vorgeschrieben. Hesse 154.

c) Kein Ersatz für Zeitversäumniß. Opet 427 [39]; Schröder-Mugdan 148.

§ 1848. 1. Die Haftung des Vormundschaftsrichters nach BGB. ist eine deliktische (keine quasi kontraktliche). Die eigenthümliche Haftpflicht des Vormundschaftsrichters tritt nur dem Mündel gegenüber ein;*) ihm gegenüber haftet er aber wegen jeder für den Schaden kausalen, vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung einer Amtspflicht, auch einer Ordnungsvorschrift; anderen Personen haftet er nur wegen Verletzung der diesen gegenüber obliegenden Pflichten. § 1848 ist anwendbar auch auf die nach Art. 147 bestehenden Behörden, auf die erste wie auf die höhere Instanz. Nöldeke, Gruchots Beitr. 42 823 (801[11], 803, 804, 806, 807); Schröder-Mugdan 114.

2. a) Bestellt der Richter vorsätzlich eine ungeeignete Person zum Vormunde, so haftet er neben dem Vormunde; bei Fahrlässigkeit haftet er nach dem Vormunde, § 839 ist dann ausschlaggebend, nicht §§ 840, 841. Nöldeke a. a. O. 827.

b) Die Haftung kann durch Thun wie durch Unterlassen begründet werden, Opet 302[21] (s. a. Böhm 134 N. 12 a. E.), auch durch Unterlassung der Anordnung der Vormundschaft. Planck, Note 2 zu § 1848; s. Schröder-Mugdan 115[231].

3. Vorausklage gegen den prinzipiell Ersatzpflichtigen (§ 839 Abs. 1 a. E.) ist nicht erforderlich. Opet 303 (s. RG. JW. 02 433 [pr. R.]).

4. Bei Beurtheilung der Fahrlässigkeit (§ 839 Abs. 3) ist die Entschuldbarkeit des Irrthums für den anfechtungsberechtigten Vater nach diligentia in concreto zu bemessen. Opet 303[24].

5. In Vormundschaftssachen machen Verletzungen der Dienstaufsichtspflicht gegenüber dem Vormundschaftsrichter den Aufsichtsbeamten dem Mündel nicht verantwortlich. Sind zwei Vormundschaftsgerichte in derselben Fürsorgesache gleichzeitig thätig gewesen, so hat bei widersprechenden Maßregeln diejenige des ersthandelnden Gerichts den Vorzug, während zwei sich ergänzende Maßregeln neben einander in Kraft bleiben. Spahn, Verwandtschaft 204, 207.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenraths.

§ 1849. 1. a) Ueber die Stellung des Gemeindewaisenraths zur Gemeinde, zum Vormundschaftsgerichte, zu anderen Behörden, zu den Mündeln und ihren Vormündern, sowie Erläuterung der einzelnen Verpflichtungen vgl. Weißweiler,

---

*) S. Fuchs § 8; Opet 304; Schilgen 89.

Leitfaden für preußische Gemeindewaisenräthe. S. a. Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1849 (Preußen); Schröder-Mugdan 550—556 (Preußen), 623 bis 631, 671 (Elsaß-Lothringen).

b) Der Waisenrath ist für seine Thätigkeit dem Mündel gegenüber privatrechtlich nicht verantwortlich. Fuhrmann, Geschäftsführung d. Gemeindewaisenraths 45; Schultzenstein-Köhne, Note 1 (226) zu § 1849; a. A. Scherer, Familienr. 480.

1. Gegen den Gemeindewaisenrath findet kein Zwangsvollzug statt, der Richter muß nöthigen Falles die Aufsichtsbehörde anrufen. Nußbaum, Buschs Z. **29** 480.

2. a) Die Zuständigkeit des Gemeindewaisenraths erstreckt sich auf alle in seinem Bezirke, wenn auch nur vorübergehend, sich aufhaltenden Mündel. Schröder-Mugdan 145.

b) Die im § 1849 bestimmte Vorschlagspflicht ist aber unabhängig von dem Aufenthalte des Mündels. Planck, Note 5 zu § 1849.

c) Soll ein Vormund für mehrere Mündel bestellt werden, so wird sich das Gericht an den Gemeindewaisenrath zu wenden haben, in dessen Bezirk der jüngste Mündel seinen Aufenthalt hat (vgl. § 1851 BGB., § 36 Abs. 1 Satz 2 FGG.) Schultheis 42[1].

3. Er kann auch außerhalb seines Bezirkes wohnende Vormünder vorschlagen. Schultzenstein-Köhne, Note 2 zu § 1849.

4. Die Waisenpflegerin (Art. 77 § 2 Pr. AG. z. BGB.) ist Kommunalbeamtin, wenngleich sie nur zur Unterstützung des Waisenraths berufen ist. Fuhrmann, R. **01** 136.

§ 1850. 1. a) Ueber die Art der Ausübung der Aufsichtsthätigkeit des Waisenrats Habel, R. **02** 61.

b) Fuhrmann, Gemeindewaisenrath 26 ff. Die Aufsichtspflicht des Waisenraths beschränkt sich allerdings nur auf die in seinem Bezirke sich aufhaltenden Mündel; es bleibt jedoch dem Waisenrath unbenommen, Pflichtverletzungen durch Vormünder, welche in anderen Bezirken vorkommen, zu beachten und sie dem zuständigen Waisenrathe zur weiteren Veranlassung mitzutheilen. Der Waisenrath hat dem Vormunde keine Anweisungen zu ertheilen, aber er soll, wenn ihm Unzuträglichkeiten und Mißgriffe in der vormundschaftlichen Fürsorge aufstoßen, zunächst versuchen, durch Vorstellungen und Rathschläge auf den Vormund einzuwirken. Das letzte Mittel zur Besserung und Beseitigung der von ihm beanstandeten Zustände ist die Anzeige beim Vormundschaftsgerichte. Die Pflicht zur Auskunftsertheilung erstreckt sich nur auf die persönlichen Verhältnisse des Mündels, z. B. körperliches Befinden, geistige Verfassung, sittliches Betragen, nicht auf das Vermögen. Zur Auskunftsertheilung bedarf es nöthigen Falles geeigneter Nachforschungen. Der Waisenrath hat sich dabei nicht auf eine Erkundigung bei dem Vormunde zu beschränken und darf sich nicht bei den Mittheilungen beruhigen, die ihm von dieser Seite gemacht werden, da häufig gerade aus der Person des Vormundes entstandene Gründe zu dem Ersuchen um Auskunftsertheilung über den Mündel nöthigen (27 f.). Unter Gefährdung ist eine solche Behandlung des Mündelvermögens zu verstehen, daß eine Befürchtung der Verminderung desselben begründet ist (30).

2. Der Waisenrath kann zwar in die Wohnung bevormundeter Mündel, nicht aber in die Wohnung unter elterlicher Gewalt stehender Kinder gegen den Willen des Inhabers behufs Kontrole eindringen. Märcker (17) 586; s. a. Hesse 161; Schultzenstein-Köhne, Note 2 u. 7 Abs. 2 zu § 1850.

3. Ein Waisenrath kann trotz § 1850 in seinem Bezirke zum Vormunde bestellt werden; die Aufsichtsthätigkeit liegt dann allein dem Richter ob, der eventuell

einen benachbarten Waisenrath heranziehen kann. **Fuhrmann**, Ztschr. „Die Jugendfürsorge" **1** 315 f. **Fuchs** 76; **Märcker** (17) 584.

4. **Schaus**, RheinAV. **00** 265 entwirft Formulare zu Anfragen bei dem Waisenrath über uneheliche Kinder.

5. Der Waisenrath hat kein Aufsichtsrecht über den Fürsorger (§ 11 d. Pr. Fürsorge-Erz.Ges. v. 2. 7. 00), der Organ des Kommunalverbandes, nicht des Vormundschaftsgerichts ist. **Nölle**, Fürsorgeerz. (2) Note 2 u. 4 zu § 11; **Aschrott**, Fürsorgeerz. 169.

V. Befreite Vormundschaft.

§ 1852. 1. a) Dem Vormunde kann Befreiung von der nach §§ 1821, 1822 erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr gewährt werden; früher rechtsgültig gewährte Befreiungen fallen weg. Auch soweit eine Befreiung zulässig ist, tritt sie außer Wirksamkeit, wenn der Vormund als Interessent bei der Angelegenheit betheiligt ist, da dann für ihn ein Pfleger handeln muß, der nicht befreit ist. KGJ. **21** A 24, Seuff. A. **56** 226, OLG. **2** 168 (KG).

b) Die nach früherem Rechte getroffene Anordnung der Versiegelung des Vermögensverzeichnisses verliert nach dem 1. Januar 1900 ihre Kraft. Etwa noch unter Siegel befindliche Inventarien können ohne Weiteres dem Umschlag entnommen werden. **Weißweiler**, Handb. 108, **Schultheis** 317, **Niedner** (2) N. c 2 zu Art. 210 (Vormund hat das Inventar öffnen zu lassen oder ein anderes einzureichen); s. a. LG. Frankfurt a/M. o. Ziff. 2 zu § 1802. **Habicht** (3) 677 führt gegen **Nußbaum**, DJZ. **99** 414 aus, daß das Verbot der Offenlegung nicht durch § 1803 aufrecht erhalten werde, da es sich nicht um eine Verwaltungsanordnung handele.

2. a) Die nach § 1852 zulässige Befreiung bezieht sich nur auf den bestimmten, von dem Vater oder der ehelichen Mutter benannten Vormund, nicht auch auf andere, von dem Vormundschaftsgerichte bestellte Vormünder. **Hesse** 164 N. 2, **Schultetus** 121, **Neumann**, § 1852 Anm. 3 u. A.

b) Die Befreiung kann nur gleich bei der Benennung, nicht später erfolgen. **Schultzenstein-Köhne**, N. 2 zu § 1852; a. A. **Planck**, N. 2 zu § 1852, **Schröder-Mugdan** 348.

c) Die Befreiung ist in die Bestallung des Vormundes aufzunehmen. **Schultheis** 50[9].

3. a) Die Ausschließung der Bestellung eines Gegenvormundes beschränkt sich auf die Neubestellung, führt nicht zur Entlassung des bereits Bestellten. **Fuchs** 227.

b) Die Ausschließung der Bestellung eines Gegenvormundes hat nothwendig die in Abs. 2 Satz 2 bezeichneten Befreiungen zur Folge; gegentheilige Bestimmung des Vaters ohne Bedeutung. **Hesse** 165; a. A. **Planck**, N. 1a zu § 1852, welcher dahingehende ausdrückliche Anordnung zuläßt.

c) Ist trotz Verbot ein Gegenvormund bestellt, so muß er auch mitwirken. **Fuchs** 109, 213.

4. **Scherer**, N. zu § 1852 spricht die Ansicht aus, im Falle des § 1852 dürfe der Vormund das Geld in seinem Geschäft anlegen.

OLG. **2** 39 (KG.). Ein nach bisherigem Rechte befreiter Vormund muß jetzt mündelsicher anlegen; von § 1807 ist eine Befreiung nicht möglich.

5. Ueber die Gültigkeit der befreienden Anordnung kann prozeßrichterliche Entscheidung von den Betheiligten angerufen werden, ebenso über die Frage der Rechtsgültigkeit der auf Grund der Befreiungen ohne Genehmigung des Gegenvormundes und Gerichts vorgenommenen Rechtsgeschäfte des Vormundes. **Hesse** 170, **Schröder-Mugdan** 351[10].

6. Die Befreiungen treten außer Kraft mit dem Eintritte der der Benennung beigefügten Resolutivbedingung. Schröder-Mugdan 9.

§ 1853. S. Art. 210 EG. z. BGB.

§ 1854. 1. Führt ein von der Rechnungslegung befreiter Vormund die Vermögensverwaltung gemeinschaftlich mit einem von der Rechnungslegung nicht befreiten Vormunde, so haben die beiden Rechnung zu legen. Schultheis 74, Fuchs 205, Hesse 167; a. A. Planck, N. 1 zu § 1854.

2. a) Eine Prüfung der Vermögensübersicht durch das Gericht ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben, folgt aber aus dem Zwecke der Einreichung und der Stellung des Gerichts. Schultheis 75.

b) Hesse vertritt in Buschs Z. 29 260 gegenüber Schultzenstein-Köhne (2) zu § 1854 N. 6 die Ansicht, daß die nach § 1854 Abs. 2 Satz 2 zulässige Anordnung eines längeren als 2jährigen Zwischenraums für die Vermögensübersichten nicht erst nach Einreichung der ersten Uebersicht (also nach 2 Jahren), sondern schon alsbald bei Anbeginn der Vormundschaft (unbeschadet des § 1802) getroffen werden darf; s. a. Hesse 168 Nr. 6. — Wie Schultzenstein-Köhne auch Schröder-Mugdan 350[6].

3. Dem Gegenvormunde (Abs. 3) sind auch die Einnahmen und Ausgaben nachzuweisen. Schröder-Mugdan 350[5], Planck, N. 2 zu § 1854.

§ 1857. Hat das Vormundschaftsgericht eine Befreiung außer Kraft gesetzt und hebt es später diese Anordnung wieder auf, so erlangt die Befreiung wieder ungehemmte Wirksamkeit, sie ist nicht etwa endgültig außer Kraft gesetzt. Schultheis 76, Staudinger, N. 2 zu § 1857.

Die Außerkraftsetzung kann schon bei Einleitung der Vormundschaft erfolgen, sie kann sich auf einen Theil der Befreiungen beschränken. Hesse 171.

VI. Familienrath.

§ 1859. 1. Engelmann spricht sich im R. 00 19 gegen Schmidt, Vorm. über uneheliche Kinder (IV) für die Möglichkeit der Einsetzung eines Familienraths auch bei unehelichen Kindern aus.

2. Der Antrag muß von allen Vormündern, auch bei getheilter Verwaltung, ausgehen. Der Mangel des Antrags hat aber nicht Nichtigkeit der Einsetzung zur Folge. Hesse 174. Nach Planck, N. 1 zu § 1859 hat jeder Mitvormund und auch ein daneben bestellter Pfleger selbständiges Antragsrecht. Für das Antragsrecht jedes Vormundes auch Staudinger, N. 1b zu § 1859, Schröder-Mugdan 123[2]. Nach Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1859 müssen gemeinschaftlich verwaltende Vormünder zusammen wirken, aber bei getheilter Verwaltung genügt der Antrag eines Vormundes. Schilgen 98[3—4] läßt den Antrag jedes Vormundes auf Bildung eines Familienraths für den diesem zugetheilten Geschäftskreis zu.

3. Einsetzung von Amtswegen findet nicht statt. Planck, N. 1 zu § 1858, Scherer, Familienr. 485, Schilgen 96.

§ 1861. Hat der Vater mehr Personen benannt als die gesetzliche Maximalzahl, so steht im Zweifel dem Richter die Auswahl unter ihnen zu. Böhm (2) 158, Fuchs 55, Kuhlenbeck, N. 2 zu § 1861, Schröder-Mugdan 125; a. A. Hesse 176, welcher regelmäßig den zuerst benannten den Vorzug giebt. Nach Schilgen 99 ist zunächst der Wille des Berufenden zu ermitteln, eventuell vom Gerichte die Auswahl zu treffen.

§ 1863. Bei Wegfall eines Mitglieds tritt das Ersatzmitglied nur bis zur erfolgten Ergänzung des Familienraths ein. Schultzenstein-Köhne, N. 1 zu § 1863, Schröder-Mugdan 128[7].

Im Falle des Abs. 3 keine Wahl des Familienraths, eventuell Bestimmung der Reihenfolge. Schilgen 101.

§ 1864. Wenn durch Wegfall eines Mitglieds bei Fehlen eines Ersatzmanns Beschlußunfähigkeit eingetreten ist, so hat der Vorsitzende die Befugniß des § 1864 nicht; er kann dann nur als Vormundschaftsrichter ein ordentliches Mitglied aus den Verwandten oder Verschwägerten auswählen. Schultheis 304.

§ 1866. Frauen sind tauglich und bedürfen der Zustimmung des Ehemanns nicht. Fuchs 60[15], Schultheis 302, Staudinger, N. 3 zu § 1866, Schröder-Mugdan, 130[9]; für Erforderniß der ehemännlichen Zustimmung Böhm (2) 157.

§ 1870. Ueber die Form der Bestellung Schröder Mugdan 134.

Die Ersatzmitglieder sind gleichfalls alsbald zu verpflichten, da sie erst mit der Verpflichtung ihr Ablehnungsrecht verlieren, damit die sofortige Ergänzung des Familienraths im Bedarfsfalle gesichert ist. Schultheis 305.

§ 1872. 1. Soweit die Ausführung der Beschlüsse eine obervormundschaftliche Thätigkeit verlangt, z. B. die Verhängung von Ordnungsstrafen, ist hierzu der Vorsitzende nicht schon ohne Weiteres, sondern nur kraft Ermächtigung durch den Familienrath befugt. Schultheis 306[3].

2. Androhung von Ordnungsstrafen gehört zur Befugniß des Vorsitzenden. Planck, N. 2 zu § 1872. Engelmann, Seuff. Bl. **65** 4 rechnet hierhin die Verhängung von Ordnungsstrafen.

3. Nach Schröder-Mugdan 137 ist die Bestellung des Vormundes (im Gegensatze zur Auswahl) Sache des Vorsitzenden; Schilgen 104; a. A. Schultheis 305, Planck, N. 1 zu § 1872, Engelmann a. a. O.

§ 1874. 1. a) Der Vormund darf bei den Berathungen des Familienraths nicht zugegen sein. Fuchs 65.

b) Ueber die Berathung Planck, N. 1 zu § 1874.

2. Der Vorsitzende darf nicht den Vollzug gesetzwidriger Beschlüsse ablehnen. Staudinger, N. 2 zu § 1874, Schilgen 105.

3. Beschlüsse sind nichtig, wenn ein nach § 1865 unfähiges Mitglied mitgewirkt hat. Schröder-Mugdan 140, Staudinger, N. 1a zu § 1865; selbst wenn auf seiner Stimme der Beschluß nicht beruht. Schultzenstein-Köhne, N. 1 zu § 1865.

§ 1875. 1. Ein Grund zur Enthaltung bei der Abstimmung kann darin liegen, daß die Berathungsgegenstände vorher nicht mitgetheilt sind und bei der Schwierigkeit derselben eine Vorbereitung am Platze ist. Schultheis 307[7], Planck, N. 1 zu § 1875, Schultzenstein-Köhne, N. 4 zu § 1873; a. M. Schultetus 172[4].

Nach Hesse 193 muß jedes Mitglied, wenn sein Vertagungsantrag von dem Vorsitzenden kraft seines Leitungsrechts abgelehnt ist, sich fügen und abstimmen.

2. a) Die Ordnungsstrafe des § 1875 Abs. 2 ist kein Zwangsmittel, sondern disziplinarrechtliche Buße für begangene Pflichtwidrigkeit. Nußbaum, Buschs Z. **29** 484, Anm. 116.

b) Scherer, N. zu § 1875 verlangt Androhung der Strafe; ebenso Staudinger, N. 2 zu § 1875; dagegen Hesse 194, Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1875, Schröder-Mugdan 136[14], Planck, N. 4 zu § 1875, Schilgen 106.

§ 1876. Diese Bestimmung bezieht sich auch auf den Fall, daß der Familienrath noch nicht eingesetzt ist. Fuchs 67, Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1876 (der Richter soll nur provisorische Maßregeln ergreifen).

§ 1878. Kuhlenbeck, Note 3 zu § 1878 hält § 1786 Nr. 7 (§ 1889) für entsprechend anwendbar, wenn das Familienrathsmitglied durch sein Amt ge-

zwungen wird, mit einem anderen Mitgliede geschäftlich zu verkehren, dessen Persönlichkeit ihm „unangenehm" ist (Mot. IV 1075); ebenso Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1878; a. A. Planck, Note 1b zu § 1878; Schröder-Mugdan 132[10].

§ 1878 Abs. 2 findet auch Anwendung bei der Entlassung, die nach § 1871 vorbehalten war, und im Falle des § 1778 Abs. 2 (§ 1861 S. 2), falls das betreffende Mitglied nicht einverstanden ist. Schultheis 308.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1882. § 1882 ist nicht als zwingender Rechtssatz des Inhalts zu verstehen, daß jede Thätigkeit des Vormundes und des Gerichts ihr sofortiges Ende erreicht, sondern er spricht nur den Grundsatz aus, daß die Geschäftsfähigkeit des Mündels von Rechtswegen ohne besonderen obrigkeitlichen Akt eintritt. KGJ. **21** A 201, OLG. **2** 262, CBlFrG. **1** 801, R. **01** 172. Dagegen Nußbaum, Buschs Z. **29** 450, der jedoch eine mit Zwangsbefugniß ausgestattete Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts noch insoweit anerkennt, als der ehemalige Vormund öffentliche Verpflichtungen hat, z. B. § 1893 (s. zu §§ 1892 u. 1893).

§ 1883. Abs. 2 Satz 2. Im Falle der Verschollenheit des Ehemanns ist § 19 zu beachten. Die Anerkennung bedarf keiner Form. Hesse 204 Nr. 6, 205.

In der Zeit von der Eheschließung bis zur Aufhebung ist sowohl Vater wie Vormund zur Vertretung berechtigt. Staudinger, Note 2 zu § 1883.

Ein Strafantrag des Vormundes gegen den Ehemann der Mündelmutter wird nicht durch den Nachweis der Vaterschaft des Ehemanns wirkungslos; dieser ist auch nicht zur Zurücknahme befugt. Im Anschluß an RG. (Strafs.) **15** 176 Schultzenstein-Köhne, N. 1 zu § 1883; Planck, Note 3 zu § 1883.

§ 1884. Die Verschollenheit ist kein Grund zur Beendigung der Vormundschaft, wohl aber ist der Tod an und für sich Endigungsgrund derselben; von letzterem Satze bildet eine Ausnahme der § 1884. Schultheis 180.

Auch mit der Volljährigkeit endigt im Falle der Verschollenheit die Vormundschaft nicht von selbst. Schröder-Mugdan 409; Staudinger, Note 1 zu § 1884.

Bei Volljährigkeit ist aber die Vormundschaft aufzuheben. Planck, Note 1 zu § 1884. Indeß Nachweis durch öffentliche Urkunde nicht erforderlich. Hesse 206.

§ 1885. Der Tod eines von mehreren Vormündern berührt bei gemeinschaftlicher Verwaltung die übrigen nicht; sie führen das Amt allein fort. Hesse 208; Schröder-Mugdan 51; Märcker (17) 569.

Geschäftsunfähigkeit des Vormundes ohne Entmündigung beendet das Amt des Vormundes nicht; der Mündel ist also vertreten und § 206 unanwendbar. Staudinger, Note 2c zu § 1885.

Beendigungsgrund ist auch die Aufnahme in eine Anstalt, deren Vorstand nach Art. 136 gesetzlicher Vormund wird. Staudinger, Note 2e zu § 1885; Schröder-Mugdan 51.

§ 1886. 1. a) Ein dauernder, nicht bloß vorübergehender Widerstreit zwischen den Interessen des Vormundes und denjenigen des Mündels ist als Entlassungsgrund im Sinne des § 1886 anzusehen. Schultetus 187 Abs. 2.

b) Schultzenstein-Köhne, Note 2 Abs. 4 zu § 1886 lassen eine Interessenkollision nie, Hesse, Note 2 Abs. 3 zu § 1886 läßt sie „in der Regel" nicht als Entlassungsgrund gelten.

2. Wer offenkundig einen unsittlichen Lebenswandel führt, kann entlassen werden, auch wenn in der Führung der Vormundschaft noch keine Unregelmäßigkeiten hervorgetreten sind. Schultheis 183.

3. Interessengefährdung kann ohne Pflichtwidrigkeit vorliegen. Märcker (17) 602.

4. Verletzung der dem Vormundschaftsgerichte schuldigen Achtung kein Grund der Entlassung des Vormundes, da sie weder pflichtwidriges Verhalten, noch Interessengefährdung darstellt. LG. Kassel, CBlFrG. **1** 770.

5. Suspension während des Entlassungsverfahrens nicht zulässig. Schultzenstein-Köhne, Note 2 Abs. 4 zu § 1886.

6. a) Ueber den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entlassungsverfügung Josef, Buschs Z. **29** 212.

b) Das Gericht kann einen späteren Zeitpunkt als die Bekanntmachung für die Wirksamkeit der Entlassung bestimmen. Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1886.

7. Die Entlassung des Vormundes ist keine (unmittelbar) die Person des Mündels betreffende Angelegenheit im Sinne des § 59 FrGG. OLG. **1** 76, (BayrObLG.).

§ 1887. 1. a) Darüber, ob eine zum Vormunde bestellte Frau, wenn sie sich verheirathet, aus ihrem Amte zu entlassen ist, entscheidet lediglich das Ermessen des Vormundschaftsgerichts; Voraussetzung ist nicht, daß die Fortführung der Vormundschaft durch die Frau die Interessen des Mündels gefährdet. Hesse, Note 2 Abs. 3 zu § 1887; Schultetus 188 f.; Schultzenstein-Köhne, Note 1 zu § 1887.

b) Die Entlassung kann, wie Hesse a. a. O. hervorhebt, auch erfolgen, wenn der Mann der Mündelvater ist.

2. Versagung oder Widerruf sind nach Hesse 211 der Ehefrau gegenüber, nach Planck, Note 2 zu § 1887 dieser oder dem Gerichte gegenüber zu erklären.

§ 1889. 1. Das Entlassungsrecht kann nicht auf Ablehnungsgründe, deren Geltendmachung versäumt ist, gestützt werden; treten Entlassungsgründe im Laufe der Vormundschaft ein, so ist ihre alsbaldige Geltendmachung nicht erforderlich. Schultheis 186[10 u. 11].

2. Entlassungsgrund ist gegeben, wenn dem Vormund ein Mitvormund zur gemeinschaftlichen Verwaltung, nicht unter Anweisung getrennter Wirkungskreise nach § 1797 Abs. 2 an die Seite gesetzt werden soll. Schlecht, Grünhuts Z. **28** 756, 759 f. Auch wenn bisher schon mehrere Vormünder fungirten und ein neuer bestellt werden soll. Schröder-Mugdan 54.

§ 1890. 1. a) Die Herausgabe des Vermögens kann nur im Rechtsweg erzwungen werden. Josef, Komm. Zus. III zu § 57 und Note 2 zu Art. 17.

b) Das Vormundschaftsgericht kann den Vormund nicht durch Zwangsmittel zur Herausgabe des Vermögens anhalten. KGJ. **24** A 23, CBlFrG. **3** 55, R. **02** 320, OLG. **5** 366; Fuchs 228; Kuhlenbeck, Note 1 zu § 1890; Schultzenstein-Köhne, Note 4 zu § 1890; Schröder-Mugdan 414; Schilgen 113.

2. a) Ein Verzicht auf die Rechnungsabgabe kann nur durch Erlaßvertrag, nicht durch einfache Eingabe des volljährigen Mündels an das Gericht erfolgen. — Ist ein gültiger Erlaßvertrag geschlossen, so entfällt die in den §§ 1890 ff. dem Gerichte zugewiesene Thätigkeit. KGJ. **23** A 12; Schilgen 115[3].

b) Der Konkursverwalter braucht Schlußrechnung dem Mündel nicht zu legen. Fuchs 229[1]; Schultetus 191; Hesse 215; Schultheis 189.

c) Endigt das Amt des Vormundes durch die Eröffnung des Konkurses, so bleibt der Gemeinschuldner zur Rechnungslegung verpflichtet. Spahn, Verwandtschaft 288.

3. Ueber die Ausantwortung des Vermögens hat der Mündel dem Vormunde Quittung zu ertheilen; diese bedeutet aber nicht die Anerkennung der Richtigkeit der vormundschaftlichen Verwaltung und der Rechnung, weil es sich hierbei nicht nur um Leistungen handelt, die der Mündel empfangen hat. Huther, MecklZ. **20** 120.

§ 1891. Abs. 2. Die Pflicht zur Auskunftsertheilung besteht nach Beendigung der Vormundschaft nur gegenüber dem Mündel, nicht auch gegenüber dem Gerichte; dies kann sie jedenfalls nicht erzwingen. Fuchs 230; Kuhlenbeck, Note 2 zu § 1891; s. a. Böhm (2) 171, Hesse 217, welcher hervorhebt, daß nach beendeter Vormundschaft überhaupt kein Mittel besteht, den Gegenvormund zur Auskunftsertheilung anzuhalten; dagegen hält Planck, Note 3 zu § 1891 Klage des Mündels für gegeben. Staudinger, Note 2 zu § 1891.

§ 1892. 1. Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, den Vormund zur Einreichung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Böhm (2) 171, Fuchs 231, 22, Schröder-Mugdan 416, Hesse 218, Staudinger, N. 1 zu § 1892, Neumann, § 1892 Anm. 1, Endemann II 947 N. 63, Schultetus 191, Schultheis 190[10], Nußbaum, Buschs Z. **29** 451, weil hier nur eine vermittelnde Thätigkeit und privatrechtliche Interessen in Frage stehen. A. A. mit den Protokollen IV 820: Schultzenstein-Köhne (1) § 1892 N. 6 und Planck, Anm. 2 zu § 1892 und Anm. 2 zu § 1893; Kuhlenbeck, N. zu § 1892, Schilgen 115 (auch zur Aufklärung von Mängeln und Unklarheiten in formeller Hinsicht). Schultzenstein-Köhne (2) N. 6 zu § 1892 halten die Pflicht zur Einreichung der Rechnung für erzwingbar nach Art. 17 preuß. FrGG., dessen Anwendung aber bei der weiteren vermittelnden Thätigkeit für ausgeschlossen.

2. a) Der Mündel, der die Rechnung nicht abnimmt, kann nur im Prozeßwege, nicht durch Ordnungsstrafen gezwungen werden. OLG. **4** 116 (Königsberg).

b) Ein Anspruch auf Anerkennung der Rechnung aber nur im Rahmen des § 256 CPO. Staudinger, N. 3 zu § 1892, Schröder-Mugdan 418.

c) Huther, MecklZ. **20** 119 ff. führt gegenüber Dernburg § 40 aus, daß nach BGB. der Vormund gegen den Mündel keinen Anspruch auf Entlastung habe, da solcher absichtlich im Gesetz, insbesondere im § 1892 nicht ausgesprochen sei, und daß die Herbeiführung einer freiwilligen Entlastung nicht mehr zu der vermittelnden Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts gehöre, im Interesse des Mündels sogar bedenklich sei; ebensowenig habe der Vormundschaftsrichter einen Anspruch auf Entlastung — immer vorbehaltlich des § 256 CPO. Huther behandelt weiter die Wirkungen der durch Urtheil oder Rechtsgeschäft ertheilten Entlastung: Beschränkung auf diejenigen Ersatzansprüche, die aus den von dem Vormunde gemachten Vorlagen, insbesondere der Rechnungslegung erkennbar waren. „Hat der Vormund kein Vermögen verwaltet, so hat die Entlastung nur Werth, wenn er nachweist, daß Vermögen nicht vorhanden gewesen noch zugefallen ist oder das Vermögen seiner Verwaltung nicht unterworfen war". Gl. A. Planck, N. 3 zu § 1892.

d) Vorbehaltloses Anerkenntniß befreit von der Haftung für Mängel der Verwaltung, auch wenn die Folgen erst später hervorgetreten sind. Im Anschluß an **RG. 38** 335 Schultzenstein-Köhne, N. 10 zu § 1892, Schröder-Mugdan 418[11], Märcker (17) 603.

e) Die Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts, welches dem Vater die Kindeserziehung entzogen und Pflegschaft sowie Unterbringung in eine Anstalt angeordnet hat, beschränkt sich hinsichtlich der Kosten auf die im § 1892 Abs. 2 vorgesehenen Maßnahmen; Streitigkeiten über Ersatzansprüche des Pflegers gegen Vater oder

Kind sind nur im Rechtsweg auszutragen. BayrObLG. R. 02 209, Seuff. A. 57 414 und OLG. 4 415.

3. a) Das Vormundschaftsgericht kann die Betheiligten vorladen und durch Ersuchen anderer Gerichte im Wege der Rechtshülfe vernehmen lassen. OLG. 2 394 (Königsberg); Hesse 219.

b) Obwohl das BGB. dem Vormund einen besonderen Anspruch auf Entlastung nicht gegeben hat, kann bei einem Wechsel in der Person des Vormundes der neue Vormund den bisherigen entlasten und das Vormundschaftsgericht den neuen Vormund nach Maßgabe des § 1892 Abs. 2 dazu veranlassen. OLG. 1 313 (Rostock).

c) Hat das Gericht aber nach Entlassung des Vormundes die Vormundschaft an ein anderes Gericht abgegeben, so kann es auch nicht mehr die Entlastung des früheren Vormundes herbeiführen, dies ist Sache des Gerichts, das die Vormundschaft übernommen hat. OLG. Rostock, DJZ. 01 512.

4. Die Beurkundung des Anerkenntnisses der Rechnung durch das Vormundschaftsgericht hat in den Formen des 10. Abschnitts des FrGG. zu erfolgen (mit Unterschrift des Rechnungsnehmers). Josef, Buschs Z. 29 171 und Komm. Anm. 1 Id zu § 168; a. A. Frese, CBlFrG. 2 708. Dagegen wieder Josef, CBlFrG. 3 309 ff.; beide stimmen aber darin überein, daß das mündlich erklärte Anerkenntniß auch bei alsbaldiger Entfernung des Rechnungsnehmers aktenkundig zu machen ist. Nach Frese a. a. O. 708 hat der Vormund kein Recht auf Anerkenntniß in Form einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde. Für Anwendung der §§ 167 ff. FrGG. bei der Beurkundung auch Schröder-Mugdan 418.

§ 1893. 1. Die Pflicht zur Rückgabe der Bestallung an das Gericht haben auch die Erben des Vormundes. Eine Kraftloserklärung der Bestallung findet nicht statt. Schultheis 188.

2. Nußbaum, Buschs Z. 29 451 hält die Rückgabe der Bestallung für eine öffentliche Verpflichtung und deshalb Zwang des Vormundschaftsgerichts für zulässig; ebenso Planck, N. 2 zu § 1893, Schultzenstein-Köhne, N. 2 zu § 1893, Märcker (17) 604; a. M. Schultetus 195[3], Schultheis 188[1], Fuchs 227, Böhm (2) 170, Hesse 221, Kuhlenbeck, N. 2 zu § 1893, Schröder-Mugdan 420, Schilgen 116. Fuchs a. a. O. hält aber ein Klagerecht des Mündels auf Herausgabe der Bestallung an das Gericht für gegeben. Ebenso Böhm a. a. O., Schröder-Mugdan a. a. O.; a. A. Schultheis 188[2].

3. Bei Beendigung der Vormundschaft über einen Mündel in Folge Volljährigkeit bedarf es der Rückgabe und Berichtigung der über mehrere gemeinschaftlich ertheilten Bestallung nicht. Schultzenstein-Köhne, N. 3 zu § 1893, Schultheis a. a. O.

Zweiter Titel.
Vormundschaft über Volljährige.

§ 1896. Die Anordnung einer Vormundschaft über einen Volljährigen ist zulässig, wenn die Entmündigung desselben „wirksam" geworden ist (§§ 661, 683 Abs. 2 CPO.); der Ablauf der Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage (§§ 664, 684 CPO.) ist nicht Voraussetzung der Anordnung. Fuchs 235 N. 2, Schultetus 197 Anm. 1; a. A. Böhm 46[5].

Nach Levis, Entmündigung Geisteskranker 271 ist zwischen Existenz des Entmündigungsbeschlusses und Wirksamwerden desselben zu unterscheiden; letzteres datirt bei Geisteskranken regelmäßig erst von der Vormundsbestellung, für die die erstere die Voraussetzung bildet. S. auch 30, wo hervorgehoben wird, daß die

Aktionsmöglichkeit für den Vormund erst mit dem Wirksamwerden der Entmündigung beginnt. In den übrigen Entmündigungsfällen ist die Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten vor der Vormundsbestellung zu prüfen. Hesse 224.

Wenn vorläufige Vormundschaft eingeleitet war, so kann die Anordnung der endgültigen Vormundschaft bis zur Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses aufgeschoben werden. Schröder-Mugdan 479.

§ 1897. Die Vormundschaft endet mit der rechtskräftigen Aufhebung der Entmündigung. Planck zu § 1897, Schultheis 206. LG. Meseritz, CBlFrG. **1** 234 hält in diesem Falle eine Aufhebung der Vormundschaft durch das Gericht für möglich, aber erst nach Aufhebung der Entmündigung.

§ 1899. Von Gründen, die zur Uebergehung des Vaters berechtigen, kommen als das Interesse des Mündels gefährdend (§§ 1778 Abs. 1, 1897) die in §§ 1666 und 1667 bezeichneten Gefährdungen in Betracht, wie die Mot. IV 1057 anerkennen. OLG. Karlsruhe, R. **02** 324 Nr. 1582 u. 325 Nr. 1602.

Nach Scherer, Familienr. 359 Nr. 612 kann der Vater, der die elterliche Gewalt verloren hatte, nicht Vormund werden.

§ 1901. Maßregeln der Erziehung sind nicht ausgeschlossen, daher auch Raum für Anordnung gemäß § 1838. Planck, R. 3 zu § 1901; s. Märcker (17) 549; a. A. Schultheis 202.

Die Unterbringung in eine Irrenanstalt (zwecks Pflege, Beaufsichtigung, Heilung) und nöthigen Falles Zwangsmaßregeln gehören zu den Befugnissen des Vormundes nach § 1901. BayrObLG., R. **02** 483.

Recht und Pflicht des Vormundes einer Ehefrau erstrecken sich unbeschadet der Rechte des Ehemanns aus der Lebensgemeinschaft (§ 1354) auch auf die thatsächliche Sorge, und er kann den Ehemann zur Erfüllung seiner Pflichten in dieser Hinsicht anhalten oder nöthigenfalls selbst eingreifen. Fuchs 243.

§ 1902. Das Erforderniß der Genehmigung bezieht sich nicht nur auf die freiwillig gewährte Ausstattung, sondern auch auf die Aussteuer, zu deren Gewährung eine Rechtspflicht besteht. Schultheis 201, a. A. Scherer zu § 1902. Die Ausstattung darf nicht das den Verhältnissen des bevormundeten Elterntheils entsprechende Maß übersteigen, da sonst nichtige Schenkung vorläge. Schultheis 202.

Auch die Zustimmung nach § 1465 Abs. 2 a. E. ist genehmigungsbedürftig. Schröder-Mugdan 484.

§ 1903. Auch dem Vater oder der ehelichen Mutter als Vormündern ihrer volljährigen Kinder kann gemäß § 1903 Abs. 1 Satz 3 ein Gegenvormund bestellt werden, wenn die Nichtbestellung eines solchen das Interesse des Mündels gefährden würde. Schultetus 203 Anm. 4; vgl. Hesse § 1903 R. 2 Satz 3, Opet 333[10], Schröder-Mugdan 485[5]; a. A. Fuchs 252 Nr. 6, Schultzenstein-Köhne, R. 1 zu § 1903.

§ 1904. Für die Aufhebung der Gegenvormundschaft ist § 1695 entsprechend anwendbar. Opet 336[19].

§ 1906. 1. Brettner, Gruchots Beitr. **44** 696 behandelt die Voraussetzungen, die Wirkung, das Verfahren und die Beendigung der vorläufigen Vormundschaft. Schanz, Vorläufige Vormundschaft nach Reichsrecht und Landesgesetz (1901) giebt historischen Ueberblick und eingehende Darstellung des materiellen und formellen Rechtes; s. a. Levis, Entmündigung Geisteskranker § 62.

2. a) Vor Stellung des Entmündigungsantrags nur Pflegschaft aus § 1910 Abs. 2. Schanz 39[5].

b) Liegt kein Entmündigungsantrag vor, so ist die vorläufige Vormundschaft nichtig. Schröder-Mugdan 472, Schanz 39.

c) Das Vormundschaftsgericht hat auch die Ordnungsmäßigkeit des Entmündigungsantrags zu prüfen, da noch kein maßgebender Beschluß des mit der Entmündigung befaßten Gerichts vorliegt. Schultheis 208, Planck, N. 1a zu § 1906; a. M. KGJ. **21** A 209, da die Einleitung, Fortsetzung und Abschluß des Entmündigungsverfahrens lediglich Sache des Entmündigungsrichters sei. Brettner, Gruchots Beitr. **44** 698, Märcker (17) 593.

d) Nach Planck, N. 2 zu § 1906 ist Entscheidung des Prozeßgerichts über die Voraussetzungen der vorläufigen Vormundschaft ausgeschlossen.

3. a) Ob die vorläufige Vormundschaft erforderlich ist, unterliegt dem rein thatsächlichen Ermessen des Gerichts und ist der Nachprüfung in der weiteren Beschwerdeinstanz entzogen. OLG. Karlsruhe, R. **01** 285.

b) Zur Anwendung des § 1906 genügt die Feststellung, „daß nach dem Vorleben des zu Entmündigenden, der ein großes Vermögen binnen kurzer Frist durchgebracht hat, die Befürchtung begründet ist, er würde das ihm jetzt angefallene Erbvermögen abermals auf dieselbe Weise vergeuden“. OLG. **2** 316 (Karlsr.)

c) Wenn Aussicht auf Besserung besteht und deshalb die Beschlußfassung über die Entmündigung ausgesetzt ist (§ 681 CPO.), so ist auch in der Regel kein Raum für vorläufige Vormundschaft, da deren Zweck gerade in einer einstweiligen Verfügung für den begrenzten Zeitraum des Entmündigungsverfahrens im Hinblick auf die zu erwartende Entmündigung bestehen soll. LG. Zwickau, CBlFrG. **1** 865.

4. a) Bei vorläufiger Vormundschaft wegen Geisteskrankheit empfiehlt es sich, da sie mit der Bestellung des Vormundes wirksam wird (§ 52 FGG.), die Stunde seiner Verpflichtung festzustellen. Empfehlenswert ist, in der Bestallnug des Vormundes den prozessualen Entmündigungsgrund anzugeben. Einer öffentlichen Bekanntmachung durch den Vormundschaftsrichter bedarf es nicht. Brettner, Gruchots Beitr. **44** 701, Märcker (17) 594.

b) Die die vorläufige Vormundschaft anordnende Verfügung ist mit Gründen zu versehen. Schanz 77.

5. Die in dem Zwecke der vorläufigen Vormundschaft begründete Pflicht zur Schonung der bestehenden Verhältnisse ist auch von dem Vormundschaftsgericht, insbesondere bei der Ertheilung einer Genehmigung, zu beachten. Schultheis 209, s. Brettner, Gruchots Beitr. **44** 697.

6. a) Der vorläufige Vormund eines Geistesschwachen hat kein Strafantragsrecht. RG. (Strafs.) **34** 316. DJZ. **01** 414 (aber der Bevormundete selbst, Schröder-Mugdan 475), s. Planck, N. 3a zu Art. 34 EG.

b) Der vorläufige Vormund kann nicht dem Entmündigungsverfahren als Antragsteller beitreten, um so eventuell Verfahrenseinstellung bei Rücknahme des ursprünglichen Antrags zu verhüten. Levis, Entmündigung Geisteskranker 141; s. aber Gaupp-Stein (4) § 646 N. I b 1 u. III.

c) Der vorläufige Vormund eines Ehemanns vertritt diesen auch in der Verwaltung des eingebrachten und Gesammtguts. Schanz 43[3]; a. A. Endemann II 730[3].

§ 1908 (vgl. § 115 Abs. 2). 1. a) Stirbt der unter vorläufige Vormundschaft Gestellte vor der Beschlußfassung über die Entmündigung, so ist über die Wirksamkeit der von dem Mündel in der Zwischenzeit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht unter analoger Anwendung der Vorschrift des § 115 Abs. 2, sondern nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Schultetus 207 Abs. 4; vgl. Planck, § 115 N. 2; andererseits Fuchs 239; s. Schanz 67 u. 58, welcher im Falle des § 1908 Abs. 3 die Bestimmung des § 115 niemals für anwendbar erachtet.

b) Die vorläufige Vormundschaft endigt ebenso wie mit der Zurücknahme des Antrags auch mit dem Tode des Antragstellers oder dem Verluste seiner Antragsbefugniß, ebenso wenn der Ausländer seinen Wohnsitz oder Aufenthalt ins Aus-

land verlegt (Art. 8 EG. z. BGB.). Levis, Entmündigung Geisteskranker 276. Sind indessen bei der Einleitung des Entmündigungsverfahrens Verfahrensvoraussetzungen übersehen, so erlischt auch die vorläufige Vormundschaft erst mit der Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses des Entmündigungsverfahrens. Levis a. a. O. 277; s. a. 267.

c) Das Recht der Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft steht dem Entmündigungsrichter trotz § 672 Ziff. 3 CPO. nicht zu. Brettner, Gruchots Beitr. **44** 702.

2. a) Nach Levis a. a. O. 31 dauert zufolge § 1908 Abs. 2 die vorläufige Vormundschaft über das Wirksamwerden der Entmündigung hinaus, das schon mit der Zustellung des Beschlusses an den vorläufigen Vormund beginnt, bis zur Ernennung des endgültigen Vormundes; in der Zwischenzeit obliegt also noch dem vorläufigen Vormunde die Vertretung; s. Schanz 55[2].

b) Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit wird wirksam mit der Zustellung an den vorläufigen Vormund; die vorläufige Vormundschaft endigt aber erst mit der Bestellung des endgültigen Vormundes; der Mündel ist daher trotz Fortdauer der vorläufigen Vormundschaft geschäftsunfähig. Staudinger, N. 1 a. E. zu § 1908.

3. Auch wenn der bisherige vorläufige Vormund der endgültige werden soll, bedarf es erneuter Bestellung. Schanz 55[3].

Dritter Titel.
Pflegschaft.

§ 1909 (s. o. zu § 1773 BGB.). 1. Das Vormundschaftsgericht hat vor Einleitung der Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 die formelle und materielle Gültigkeit des Testaments zu prüfen, da es das Pflegschaftsbedürfniß von Amtswegen klarstellen muß. KGJ. **22** A 25.

2. a) Sobald der Inhaber der elterlichen Gewalt eine Feststellungsklage gegen die Kinder zu erheben beabsichtigt, hat das Vormundschaftsgericht ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruch berechtigt erscheint, einen Pfleger zu bestellen. BayrObLG. Seuff. A. **56** 91 N. 51, OLG. **1** 485. Pflegschaftsbedürfniß liegt immer vor, wenn ein Prozeß gegen den Mündel geführt werden soll, aber auch bei Rechtsverfolgung seitens des Mündels ist es im Allgemeinen nicht Sache des Vormundschaftsrichters, die Berechtigung der Klage zu prüfen. OLG. Jena, R. **02** 435.

b) Eine Pflegschaft kann zu dem Zwecke eingeleitet werden, um auf Erfüllung der Verpflichtung des elterlichen Gewalthabers hinzuwirken, das beim Tode des anderen Elterntheils vorhandene, seiner Verwaltung unterliegende Vermögen des gewaltunterworfenen Kindes gemäß § 1640 BGB. zu verzeichnen. OLG. **2** 235 (KG.).

c) Verlangt der Vater eines minderjährigen Kindes die Löschung einer Hypothek, die er dem Minderjährigen zur Sicherung für sein Muttergut eingeräumt hatte, so kann die Löschungsbewilligung nicht analog dem Falle des § 1672, da die Sachlage hier eine andere ist, vom Vormundschaftsgericht ertheilt werden, sondern es bedarf gemäß § 1909 Abs. 1 der Bestellung eines Pflegers, der nach § 1822 Ziff. 13 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muß. BayrObLG., OLG. 2 200; vgl. LG. Dresden, CBlFrG. 2 325.

d) Dem Pfleger kann im Prozesse nicht entgegengehalten werden, daß ein Pflegschaftsfall nach § 1909 nicht vorliege. Breit, R. **02** 551.

3. a) Eine dem § 90 d. preuß. VO. entsprechende allgemeine Pflegschaftsklausel

---

[1]) S. Engelmann, R. **00** 19.

kennt [1]) das BGB. nicht; daher kann eine Pflegschaft nicht angeordnet werden, wenn der Erblasser einem bedachten Volljährigen die Verwaltung des Zugewandten entzieht, ohne durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers weitere Vorsorge zu treffen. Josef, Komm. z. R.- u. Pr. FGG. zu § 41, Märcker (17) 596.

b) Für einen wegen widerstreitenden Interesses behinderten Testamentsvollstrecker kann kein Pfleger bestellt werden, da die erschöpfend aufgezählten Pflegschaftsfälle nicht zutreffen, auch die höchstpersönliche Natur des Testamentsvollstreckeramts entgegensteht. KG. DJZ. **02** 558.

4. a) Als Verhinderung ist auch z. B. Geschäftsungewandtheit des Vaters anzusehen, wenn dem Kinde ein über die Verhältnisse des Vaters weit hinausreichendes Vermögen angefallen ist, dessen Verwaltung er nicht gewachsen ist. Jedenfalls kann dann auf seinen Antrag eine Pflegschaft eingeleitet werden. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 434, Fuchs 254, Schultzenstein-Köhne, R. 3 zu § 1909.

b) Einer realen Unterlage entbehrt die Pflegschaft auch dann nicht, wenn der Pfleger durch Klage gegen den Gewalthaber, der Kindesvermögen entgegen der Anordnung in Besitz genommen und in seinem Nutzen verwandt hat, das Vermögen erst erlangen soll; zur Klage kann er unter Umständen gemäß § 1837 angehalten werden. Hesse, R. **01** 573.

5. Bei Verhinderung des Gegenvormundes findet die Bestellung eines Pflegers zu dessen Vertretung nicht statt. In Fällen rechtlicher Verhinderung bei Genehmigung von Rechtsgeschäften wird die Genehmigung des Gegenvormundes durch diejenige des Vormundschaftsgerichts ersetzt. Ist die Verhinderung eine thatsächliche und ihre Beseitigung wegen Gefährdung der Interessen des Mündels nicht abzuwarten, so kann das Vormundschaftsgericht den Gegenvormund entlassen und durch eine andere geeignete Person ersetzen. Schröder-Mugdan 341, Schultzenstein-Köhne § 1909 R. 4, Hesse 246 Abs. 4, Schultetus 217, Märcker (17) 596, Schilgen 128; a. A. Fuchs 256 Nr. 5 u. Böhm 178.

6. a) Bestellung eines Pflegers für den zu Entmündigenden, wenn der regelmäßige gesetzliche Vertreter die Entmündigung beantragt hat, zur Unterstützung gemäß § 653 Abs. 1 Satz 2 CPO. Levis, Entmündigung Geisteskranker 155.

b) Der Pfleger nach § 1909 kann den Entmündigungsantrag stellen, wenn er für die persönlichen Angelegenheiten bestellt ist. Gaupp-Stein (4) R. Ic zu § 646 CPO.

7. Im Falle des § 1612 Abs. 2 Satz 2 ist kein Pfleger nöthig; das Kind kann die Aenderung selbst beantragen. OLG. **2** 93 (Hamb.).

8. Unterlassung der Stellung eines Strafantrags für das Kind kann Vernachlässigung nach § 1666 BGB. sein und die Anordnung einer Pflegschaft zwecks Stellung des Strafantrags rechtfertigen. Böhm (2) 178[1], Hesse 245; s. Schröder-Mugdan 242[14], Staudinger, R. 6 zu § 1630, die Entziehung nach § 1796 eintreten lassen. Schultzenstein-Köhne, R. 2 zu § 1909. Für die Zulässigkeit der Pflegerbestellung zur Herbeiführung des Strafantrags unter Ausschließung der Nachprüfung der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung durch den Strafrichter: RG. JW. **02** 570.

9. Eine vorläufige Pflegschaft mit der Wirkung des § 114 BGB. ist zulässig. Schultheis 216[7], Schultetus 211[4], 212[1], Schilgen 129[8], Hesse 249, 262, Fuchs 273 (s. a. § 58), Kuhlenbeck, R. 1c zu § 1915, Schultzenstein-Köhne, R. 3 zu § 1915; a. A. Planck, R. 3b zu § 1915 662.

§ 1910. 1. a) Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen völlig und theilweise geistig Gebrechlichen, sondern nur, ob allgemeine Fürsorge oder Fürsorge für einzelne Angelegenheiten erforderlich ist; die Einleitung einer Pflegschaft gemäß § 1910 ist auch über einen nicht entmündigten geisteskranken Volljährigen zulässig. KGJ. **23**

A 16 und CBlFrG. 1 559, OLG. 1 317, RheinAB. 00 188; ebenso Harnier, DJZ. 00 336, Planck, N. 2 zu § 1910; vgl. R. 00 235 oben und Silberschmidt, R. 01 553; vgl. ferner RG. DJZ. 01 117, JW. 00 848; a. M. Hahn, Zeitschr. f. Medizinalbeamte 01 339, Kornfeld, DJZ. 00 271, Hogrefe, CBlFrG. 2 596, Wittich, CBlFrG. 2 599, Levis, Entmündigung Geisteskranker 93[1], der jedoch unter Bezugnahme auf Leppmann (Aerztl. Sachverständigenzeitung 00 213 ff.) Pflegschaft in dem Falle zuläßt, daß ein Geisteskranker für einen voraussichtlich vorübergehenden Zeitraum seine Angelegenheiten nicht besorgen kann.

b) Gerlach, BraunschZ. 01 49 ff. erörtert den Unterschied zwischen Geistesschwäche und Geisteskrankheit und geistigen Gebrechen vom ärztlichen Standpunkt, erklärt sich aus praktischen Rücksichten mit der Pflegschaft über Geisteskranke für einzelne Angelegenheiten einverstanden.

c) Formulirte Fragen an den Psychiater im Falle des § 1910 stellt Schultze, R. 01 502 zusammen.

d) Einem geisteskranken Beamten kann ein Pfleger zur Vertretung bei seiner zwangsweisen Pensionirung bestellt werden. KGJ. 19 47, DJZ. 00 142. Ebenso OLG. 2 235 (KG.), Schultzenstein-Köhne 292.

e) Nach Scherer, Familienr. 503 ist der Pfleger gemäß § 62 Reichsbeamtengesetzes von der Verwaltungsbehörde zu bestellen. Ebenso Schröder-Mugdan 506[16a]; s. KGJ. 19 47.

f) Ueber Entmündigung und Pflegschaftsbestellung s. OLG. Dresden, R. 02 71.

2. Möglichkeit der Vollmachtsertheilung schließt die Pflegschaft nicht aus. Schultheis 220.

3. Einwilligung ohne Gebrechlichkeit genügt nicht. Fuchs 258[1], Hesse 252. Das körperliche Gebrechen muß die Besorgung in erheblichem Maße erschweren, es braucht aber nicht dauernd zu sein. Hesse 251; a. A. Kuhlenbeck, N. 1 zu § 1910, welcher Erschwerung nicht genügen läßt und Dauer fordert.

4. a) Die Pflegschaft aus § 1910 Abs. 1 kann sich — im Gegensatze zu derjenigen aus § 1910 Abs. 2 — auf die persönlichen und die vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Pfleglinges erstrecken, sie braucht sich aber nur auf die gesammten persönlichen oder die gesammten vermögensrechtlichen Angelegenheiten desselben zu erstrecken. Schultetus 219; a. A. Schultzenstein-Köhne (2) § 1910 Anm. 3, Neumann § 1910 Anm. 1, Endemann II 973, Schröder-Mugdan 502[19].

b) Wenn eine Ehescheidungsklage wegen Geisteskrankheit erhoben und der Beklagte nicht entmündigt ist, kann zu seiner Vertretung im Ehescheidungsverfahren ein Pfleger bestellt werden. Schröder-Mugdan 503. Ebenso KG. R. 00 463. Vgl. auch Aron, SächsA. 10 657: Die gesetzliche Vertretung einer nicht entmündigten geisteskranken Person im Ehescheidungsverfahren.

c) Märcker (17) 597 ist für Zulässigkeit der Pflegschaftsbestellung zwecks Antrags auf Entmündigung; a. M. Gaupp-Stein (8), N. Ic zu § 646 CPO. weil zwar § 1910 nicht auf Vermögensangelegenheiten beschränkt ist, der Entmündigungsantrag aber keine Angelegenheit des zu Entmündigenden ist, da er ihn nicht selbst stellen kann (anders nach § 90 Pr. VO. RG. 45 179); der Pfleger nach § 1909 kann den Antrag stellen, wenn er für die persönlichen Angelegenheiten bestellt ist.

Der Pfleger ist, auch wenn er die Sorge für die Person hat, zur Stellung des Entmündigungsantrags nicht befugt; er ist nicht gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 646 CPO., weil der Pflegebefohlene geschäftsfähig ist. Levis, Entmündigung Geisteskranker 138; a. M. Schröder-Mugdan 429[2] (aber auch 440[25]).

5. Abs. 3. a) Die Einwilligung geschieht formlos. Schultheis 219. Der Wirkungskreis des Pflegers darf nicht weiter erstreckt werden, als die Einwilligung reicht, unbeschadet der Gültigkeit (a. a. O. 220[10], 219[6]).

b) Soll ein Geisteskranker einen Pfleger erhalten, so bedarf es der rechtlich unmöglichen Einwilligung nicht. KGJ. **19** 47, DJZ. **17** 142.

c) Der Pfleger ist nicht Bevollmächtigter des Gebrechlichen, dieser hat also nicht das Recht des Widerrufs. Isay, Geschäftsf. 185; s. aber Fuchs 276, 277.

6. Der Pfleger kann nicht zur Ableistung eines dem Pflegebefohlenen nach bürgerlichem Rechte auferlegten Offenbarungseids angehalten werden. OLG. Hamburg, Seuff. A. **56** 219.

7. Die Entscheidung über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Pflegschaft steht nur dem Vormundschaftsgerichte zu; das Prozeßgericht kann demnach Handlungen des Pflegers nicht deshalb als nichtig behandeln, weil das Gebrechen gar nicht vorhanden gewesen oder die Pflegschaft ohne Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet worden sei. Der Gebrechliche bleibt handlungsfähig und kann in die Verwaltung des Pflegers, als seines vom Staate ihm bestellten bloßen Bevollmächtigten, störend eingreifen. Josef, Komm. z. R.- u. Pr. FGG. Zus. IV zu § 32 (vgl. oben zu §§ 3, 1773) u. zu § 38.

§ 1911. 1. Eine Abwesenheitspflegschaft ist nicht einzuleiten, wenn sie lediglich zur Durchführung fremder Interessen dienen soll. OLG. **2** 141 u. **5** 364 (KG.), ebenso KGJ. **19** 45, Fuchs 261, Hesse 254 a. E., Schilgen 131. Diese Pflegschaft ist nicht wegen des Interesses eines Dritten allein einzuleiten; § 57 Ziff. 3 FrGG. spricht nicht hiergegen, Schultheis 222[8]. Abwesenheitspflegschaft nicht mehr einzuleiten, wenn der Abwesende für todt erklärt ist (vgl. § 1921 Abs. 3). BayrObLG. R. **01** 261; s. a. OLG. 5 364 (KG.).

2. a) Abwesenheit vom Wohnsitz und nur, falls ein solcher im Inlande nicht vorhanden, von dem Aufenthaltsort oder dem Orte, wo die Fürsorge nöthig wird. Schultzenstein-Köhne, N. 1 zu § 1911.

b) Hat Jemand überhaupt keinen Wohnsitz oder ist ein solcher nicht zu ermitteln, so genügt Unbekanntsein des Aufenthaltsorts oder eine auf Gründen räumlicher Entfernung beruhende Verhinderung an der Besorgung der Vermögensangelegenheiten. Schultheis 222[4].

3. a) Ob der Wegfall eines Spezialbevollmächtigten den Wirkungskreis des Pflegers ohne Weiteres auf das ausgenommene Gebiet erstreckt oder eine neue Verpflichtung nothwendig ist, hängt von der Auslegung des Bestellungsakts ab (Schultheis 223[12]). Im Zweifel bejaht von Fuchs 263 im Anschluß an Mot. IV 1260; ebenso Hesse 255, Schröder-Mugdan 511.

b) Ein Bedürfniß für Abwesenheitspflegschaft liegt in der Regel dann nicht vor, wenn der im Ausland Abwesende zur Bestellung eines Bevollmächtigten in der Lage ist. LG. Elberfeld, R. **01** 144.

c) Ob die Anordnung einer Pflegschaft durch die Zulässigkeit öffentlicher Zustellung (§§ 203 ff. CPO.) entbehrlich wird, ist Thatfrage. Schröder-Mugdan 509.

4. a) Die Güterpflege nach § 334 Abs. 2 StPO. ist eine Abwesenheitspflegschaft. RG. **11** 188; vgl. mit Entsch. d. BayrObLG. **13** 226, Silberschmidt, A.bürgR. **15** 123. Sie ist keine Realpflegschaft. Planck 647, N. 3, Schultzenstein-Köhne 291, Schultheis 228; a. A. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 231.

Auch der abwesende Minderjährige erhält im Falle des § 334 StPO. einen Pfleger: Silberschmidt, A.bürgR. **15** 135; auch wenn er einen Vormund hat: Planck, N. 8 b zu § 1911; a. M. Silberschmidt a. a. O.

Die Abwesenheitspflegschaft wird durch die Güterpflege nicht beendet.

Fuchs 281; Abwesenheitspfleger kann aber Güterpfleger werden. Schultzenstein=Köhne 292, Schultheis 229[15].

Die Güterpflege des § 334 StPO. unterscheidet sich von der gewöhnlichen Abwesenheitspflegschaft dadurch, daß sie zugleich dem Abwesenden das verwaltete Vermögen vorenthält und ihn dadurch zur Rückkehr zu zwingen sucht. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 135, Schultheis 228[14]; s. RG. JW. **00** 22. Daraus ergiebt sich aber keine Parteirolle für die Staatsanwaltschaft, wenn einmal die Pflegschaft eingeleitet ist, vielmehr ist die Vertretung des öffentlichen Interesses durch die Strafprozeßordnung dem Vormundschaftsgericht übertragen (vgl. dagegen Entsch. d. BayrObLG. **12** 115); Silberschmidt, A.bürgR. **15** 120, 136. — Eine Abgabe dieser Pflegschaft ans Ausland gemäß § 47 Abs. 2 FGG. kann nicht in Frage kommen, da sie nicht „im Interesse des Mündels" allein geführt wird. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 124. Ihr Gegenstand ist das in Deutschland befindliche Vermögen des Abwesenden, auch das nach dem Beschlagnahmebeschlusse nach Deutschland gelangte. Sowohl bewegliches als unbewegliches Vermögen, Urkunden, Zeugnisse, Quittungen, Rechnungen (vgl. Seuff. Bl. **49** 345), Forderungen und Rechte. Ob sie sich in Deutschland befinden, darüber entscheidet der Erfüllungsort bzw. der Ort, wo der Schuldner seinen Wohnsitz hat, nicht zur Zeit der Entstehung der Obligation hatte. Bei jederzeit verwerthbaren Urkunden entscheidet deren Aufbewahrungsort. Auch höchst persönliche, schon begründete Namens=, Urheber=, Patent= 2c. Rechte können für den Abwesenden ausgeübt werden. Für Wechsel vgl. RG. JW. **93** 472[17] und ROHG. **23** 356; Silberschmidt, A.bürgR. **15** 128. Wird zu Unrecht fremdes Vermögen der Beschlagnahme und Pflegschaft unterstellt, so haftet der Staat auf Grund des Eingriffs; der Verletzte muß ein die Beschlagnahme hinderndes Recht darthun. (RG. bei Bolze I Nr. 455, III Nr. 311, BayrObLG. **13** 220. Vgl. Buschs Z. **19** 301.) Silberschmidt, A.bürgR. **15** 141.

b) Die in Folge der kriegsgerichtlichen Beschlagnahme des Vermögens eines Fahnenflüchtigen angeordnete Güterpflege (§ 361 MilStrGO.) folgt als Anwendungsfall des Abs. 2 des § 1911 den allgemeinen Regeln der bürgerlichrechtlichen Pflegschaft. Eine Generalvollmacht, die der Abwesende ertheilt hat, nachdem der Beschlagnahmebeschluß gehörig veröffentlicht worden, berechtigt den Bevollmächtigten nicht zum Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft, da der Bevollmächtigte wegen der Beschlagnahme ebensowenig wie der Fahnenflüchtige über das Vermögen verfügen kann. OLG. Colmar, R. **01** 441 u. OLG. **3** 250.

5. a) Der Abwesenheitspfleger ist zur Stellung des Antrags auf Todeserklärung befugt. Schlomka=Kabisius, CBlFrG. **1** 889, Fuchs 263, Schultheis 175[6], Schröder=Mugdan 511. LG. Frankfurt a. M., CBlFrG. **1** 761, Struckmann=Koch (7), N. 1 zu § 962 CPO. Gaupp=Stein (4), N. zu § 962 CPO. Mehrere gesetzliche Vertreter müssen auch bei getheilter Verwaltung zusammen handeln. Schlomka=Kabisius a. a. O. 891.

b) Bei Angelegenheiten, die Person und Vermögen betreffen, entscheidet der überwiegende Charakter betreffs der Befugniß des Pflegers. Schröder=Mugdan 512.

c) Der Abwesenheitspfleger ist nicht befugt zur Anfechtung gemäß § 1595 Abs. 2. Knitschky 28[2], Planck, N. 2 zu § 1595, Staudinger, N. 3 zu § 1911, Fränkel 108[7] (s. a. 109).

d) War der Abwesende zur Zeit der Pflegschaftsanordnung schon todt, so sind die Rechtshandlungen des Pflegers doch gültig. Hesse 256, Fuchs 263, Scherer, Familienrecht 507 Nr. 844, Schultzenstein=Köhne, N. 8 zu § 1911.

6. Die nach altem Rechte eingeleitete Vormundschaft über Abwesende verwandelt sich ohne Weiteres in eine Pflegschaft. Weißweiler, Handb. 86.

§ 1912. 1. a) Für eine Leibesfrucht kann nicht ein Pfleger bestellt werden, um den Unterhaltsanspruch aus § 1708 durch Arrest zu sichern, da es an einem vorhandenen Rechte und Rechtssubjekte fehlt (arg. e contr. aus § 1716). KGJ. **22** A 30, OLG. **3** 427, CBlFrG. **2** 210, R. **01** 432; s. a. OLG. Dresden, CBlFrG. 2 832; Fuchs 264. A. M. Schmidt, Vormundsch. über unehel. Kinder 120.

b) Ein Abfindungsvertrag gemäß § 1714 kann auch zwischen dem Vater und dem Pfleger der Leibesfrucht geschlossen werden. Planck, Note 3 zu § 1714 u. Note 4 zu § 1912; Staudinger, Note 3 zu § 1912, Kuhlenbeck, Note 2 zu § 1912; LG. Gießen, HessRspr. 2 12. Ebenso Opet 389[41] (Richtigkeit des Vergleichs im Falle der Mehrgeburt wie der Todtgeburt), s. a. 397; vgl. Schultzenstein-Köhne, Note 3 a. E. zu § 1912 und Schröder-Mugdan 515.

2. a) Nach Schröder-Mugdan 516 steht die Fürsorge dem Vater auch dann zu, wenn dieser zur Vertretung nicht berechtigt sein, die Gewalt also ruhen würde. A. A. Planck, Note 7 zu § 1912.

b) Pflegschaft muß aber dann als zuläßig erachtet werden, wenn im einzelnen Falle der Gewalthaber zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt sein würde, z. B. zur Geltendmachung von Ansprüchen des bereits erzeugten Kindes gegen den Gewalthaber (§ 1630 Abs. 2). Ist einer unehelich erzeugten Leibesfrucht ein Pfleger bestellt und heirathet der Erzeuger die Mutter, so endigt die Pflegschaft gleichwohl erst mit der Entlassung des Pflegers (§§ 1915, 1883), spätestens aber mit der Geburt des Kindes (§ 1918 Abs. 2). Boschan 307.

3. Nach Schultze, Treuhänder im gelt. bürg. R. 58 ff. (auch Iherings J. **43** 1 ff.) ist dieser Pfleger weder Vertreter der Leibesfrucht, da nach § 1 BGB. u. § 50 Abs. 1 CPO. der werdende Mensch nicht als rechts- und parteifähig anerkannt ist, noch Vertreter einer hereditas jacens, da eine solche vom BGB. verpönt ist, sondern Eigenberechtigter in fremdem Interesse, Treuhänder im deutsch-rechtlichen Sinne, d. h. mit dinglicher Zweckbeschränkung in Gestalt auflösender Befristung, daher auch selbst Partei im Prozesse. Vgl. o. Ziff. 5 vor § 164.

§ 1913. 1. a) Eine Pflegschaft für eine Deszendenz ist nur zur Wahrung ausnahmsweise anerkannter künftiger Rechte der Deszendenz zuläßig; ganz allgemein ist sie nicht zuläßig. Der Pfleger einer zukünftigen Deszendenz kann z. B. für diese Kaufverträge nicht abschließen. KGJ. **20** A 241, OLG. **2** 35 u. PosMschr. **00** 168.

b) Eine Pflegschaft kann nur bei Nachweis eines Fürsorgebedürfnisses angeordnet werden; dies gilt auch für die Deszendenzpflegschaft. OLG. **2** 346 (KG.), CBlFrG. **1** 904, R. **01** 539; s. a. KG. DJZ. **01** 214.

Die Vorschrift setzt voraus, daß eine Fürsorge mit Rücksicht auf die Interessen des unbekannten oder ungewissen Betheiligten erforderlich ist. Nicht aber kann im Interesse des Gegenkontrahenten eine Pflegschaft eingeleitet werden. OLG. **1** 386 (KG.); OLG. **2** 474 (Rost.). Ebenso KG. DJZ. **01** 214 u. OLG. **5** 364.

c) Eine Deszendenzpflegschaft zur Wahrung erbrechtlicher Ansprüche ist zuläßig. KG. Seuff. A. **56** 315, OLG. **2** 316; s. a. CBlFrG. **1** 481.

d) Die Bestellung eines Deszendenzpflegers ist selbst dann möglich, wenn der Testator den Vorerben zum Testamentsvollstrecker gemäß § 2222 eingesetzt hätte, um ihm eine freie Stellung zu gewähren. Planck, Note zu § 2222. A. A. Märcker (17) 181. S. a. Henschel, DJZ. **02** 577, welcher überhaupt Nachlaßverwaltung und Vertretung der Nacherben durch dieselbe Person für unmöglich erachtet.

e) Ist in einem Testamente Vermögen mit der Bestimmung zugewendet, daß die bei dem Tode des letztlebenden Elterntheils vorhandenen Kinder

die Erben sein sollen, während den Eltern der lebenslängliche Nießbrauch und die Verwaltung zusteht, so wird auf Grund des § 1913 ein Pfleger bestellt werden können und der Umfang seiner Befugnisse sich nach dem Umfange des zu schützenden Interesses der Kinder richten. (KGJ. **4** 96, **6** 57.) Regelmäßig wird er die Verwaltung zu beaufsichtigen und bei Gefährdung des Vermögens die erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen haben (vgl. §§ 1051—1054). Zur Kündigung und Einziehung ausstehender Forderungen ohne Zustimmung des Nießbrauchers ist er nicht berechtigt (§§ 1074 ff.). Boschan 306.

f) Nach Schultze, Treuhänder i. gelt. bürg. R. 62 ff. (vgl. auch R. **01** 228), ist der Deszendenzpfleger Treuhänder, er hat die vom Gesetz einem Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft gegebenen Rechte als eigene Rechte, ist in dem diese Rechte verfolgenden oder vertheidigenden Prozesse Partei (vgl. o. Ziff. 5 vor § 164).

g) Im Falle des § 1913 kann auch einer juristischen Person ein Pfleger bestellt werden. Fuchs 266; Böhm 189; Hesse 260.

2. Der Vater hat nur ein Vertretungsrecht betreffs der wenigstens erzeugten Kinder, nicht der zukünftigen Deszendenz im Uebrigen (§ 1912 Satz 2); eine Pflegschaft zur Fürsorge für die Nacherbenrechte noch nicht erzeugter Kinder beeinträchtigt daher nicht das Recht des Vaters, sie erstreckt sich von vornherein nicht auf die künftigen Rechte einer vorhandenen Leibesfrucht, wenn diese auch erst nach der Pflegschaftsanordnung zur Existenz kommt. BayrObLG., R. **02** 73 u. 176; CBlFrG. **2** 767 u. 828; Seuff. A. **57** 278; vgl. Süßheim, Gruchots Beitr. **45** 54.

3. a) Das Gericht kann die Anordnung einer Pflegschaft über unbekannte Betheiligte, denen der Antragsteller eine Kündigung zugehen lassen will, nicht deshalb ablehnen, weil die Kündigung z. Z. unzulässig sei. Die Entscheidung derartiger Zweifel steht dem Vormundschaftsgerichte nicht zu. Josef, Komm. zu § 41; s. Schröder-Mugdan 516[29].

b) Der Pfleger kann Prozesse (auch im Armenrechte) führen. Schröder-Mugdan 518[35].

c) Soll eine Aktiengesellschaft, deren Aktien auf Inhaber lauten, als nichtig im Handelsregister gelöscht werden, so ist den Aktionären die beabsichtigte Löschung bekannt zu machen und den unbekannten Aktionären ein Pfleger zu bestellen. Josef, Komm. Note 5 zu § 144.

4. Nach Scherer, Note zu § 1913 hat der Pfleger keine Pflicht, den Unbekannten zu ermitteln. Dagegen Hesse 259 Nr. 4; Schultzenstein-Köhne, Note 4 zu § 1913; Planck, Note 3 zu § 1913; s. Fuchs 267.

5. Ueber den Fall einer „ewigen Pflegschaft" Kastner, R. **02** 528.

§ 1914. 1. a) § 1914 ist der einzige Fall einer Realpflegschaft. KG. Seuff. A. **56** 314; Planck, Note 3 zu § 1914; Hesse, Note 1 zu § 1914.

b) Während manche Schriftsteller (z. B. Isay, Iherings J. **36** 409 ff.) in den Sammlern Vertreter des Sammelguts als einer juristischen Person sehen, Gierke, Dtsch. Privatr. I § 80 Note 43 sie als Geschäftsführer einer Gesellschaft aller Beitragsspender betrachtet, wird ihnen im Anschluß an Regelsberger, Pandekten I § 87 III und an Krückmann, A.bürgR. **8** 67 ff. von Schultze, Treuhänder im gelt. b. R. 40 ff. Eigenthum am Sammelgute zu treuer Hand, und zwar resolutiv bedingtes im Sinne der deutschen Treuhänderschaft beigelegt, ebenso ihrem Nachfolger, dem gemäß § 1914 ernannten Pfleger (auch R. **01** 228). Auch nach Kuhlenbeck, Note 1 zu § 1914 sind die Sammler Treuhänder.

c) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht 297 betrachtet die Beitragenden als eine Gesellschaft; das Sammelvermögen ist nicht subjektlos, auch keine juristische Person,

aber es wird als ein selbständiges Sondervermögen behandelt. Das verwaltende Organ hat materiell und prozessual seine Vertretung wie auch sonst die Vertretung eines nicht rechtsfähigen Vereins. Der Pfleger kann auch klagen, folglich können es auch die ursprünglich zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen. Die Pflegschaft ist aufzuheben, wenn die Beitragenden ein neues Komitee wählen.

2. a) „Oeffentliche Sammlung" liegt vor, wenn die Sammelnden sich an eine Mehrzahl von vornherein unbestimmter Personen wenden, mag auch die Sammlung nur in deren Privatwohnungen stattfinden. Böhm (2) 190; Hesse 260; Kuhlenbeck, Note 2 zu § 1914.

b) Vermögen ist schon vorhanden, wenn nur bindende Beitragszeichnung vorliegt. Planck, Note 1c zu § 1914.

3. Ob beim Vorhandensein der im § 1914 bezeichneten Bedingungen ein ausreichender Anlaß zur Pflegschaft besteht, beurtheilt das Gericht nach Lage des Einzelfalls. Hesse 261; Schröder-Mugdan 519; a. A. Planck, Note 2 zu § 1914.

4. Grobe Pflichtverletzungen der Verwalter, insbesondere auch Verzögerungen der Geschäftsbesorgung begründen den Fall der Pflegschaft nach § 1914 nicht; es kann aber hier gemäß § 1913 ein Pfleger für die unbekannten Betheiligten, welche Beiträge geleistet haben, zur Wahrung ihrer Regreßansprüche unter Umständen bestellt werden, namentlich bei Vermögensverfall der Verwalter. Schultheis 227[12].

5. Sind mehrere Verwalter vorhanden, so ist beim Wegfall eines zu prüfen, ob die übrigen die Verwaltungsbefugniß kraft ihres Rechtstitels noch allein ausüben können (vgl. KGJ. **15** 78). Hesse 261; Schultzenstein-Köhne, Note 5 zu § 1914.

6. Der Pfleger ist passiv legitimirt für die Ansprüche auf Rückgabe der Beiträge bei Wegfall des Zweckes. Schultzenstein-Köhne, Note 4 zu § 1914.

§ 1915. 1. In den zutreffenden Fällen bedarf der gerichtlichen Genehmigung auch der selbst handelnde Pfleger des geschäftsfähigen Mündels. Schultheis 213[14]; Planck, Note 3f Abs. 3 zu § 1915; Scherer, Note zu § 1915; Schultzenstein-Köhne, Note 2 zu § 1915; Schröder-Mugdan 493. A. A. Schultetus 215.

2. Auch die Pflegschaft des § 334 StPO. ist Personalkuratel „für die Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen", und ist keineswegs auf die custodia beschränkt. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 124; der Pfleger kann insbesondere mit vormundschaftgerichtlicher Genehmigung auch Grundstücke veräußern (a. a. O. 136). Vgl. auch oben zu § 1911 Note 4.

3. Der Gemeindewaisenrath hat auch den Pfleger vorzuschlagen. Fuchs 74; Hesse 159.

4. a) In den Fällen des § 1912 sind die für die Altersvormundschaft, in den Fällen der §§ 1913, 1914 die für die Bevormundung Volljähriger geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Staudinger, Note 3 zu § 1915. Hauptsächlich nur für § 1902 Abs. 2 von Bedeutung. Planck Note 1 a. E. zu § 1915.

b) § 1824 findet keine Anwendung. Schröder-Mugdan 493.

5. § 53 CPO. greift nur Platz, wenn der Pfleger den Prozeß führt. Eideszuschiebung gemäß § 473 Abs. 1, 2 CPO. Schröder-Mugdan 492. Im Falle des § 334 StPO. kann der Abwesende auch einen früher zugeschobenen Eid nicht mehr leisten. Schultzenstein-Köhne, Note 2 Abs. 3 zu § 1915.

6. Für den Geschäftskreis des Pflegers ist die Bestellung ausschließlich maßgebend; er erweitert sich nicht im Bedürfnißfalle von selbst. OLG. **5** 364 (Dresden).

§ 1917. Abs. 3 bezieht sich nicht auf Abs. 1; die Uebergehung des Benannten ist daher an die Zustimmung des Zuwenders nicht gebunden. Schultetus 213 f.; a. A. Fuchs 271[2].

Der Berufene wird durch eine jede Bestellung eines Anderen zum Pfleger übergangen und hat gegen eine etwaige erneute Uebergehung wieder Beschwerderecht nach § 60 FrGG., wenn er es auch einer früheren Uebergehung gegenüber schon verloren hatte. OLG. **5** 201 (KG.).

§ 1918. Die nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 angeordnete Pflegschaft endigt mit der ihren Rechtsgrund bildenden elterlichen Gewalt oder Vormundschaft; ist die Vermögensverwaltung auch dem neuen gesetzlichen Vertreter entzogen, so muß die Pflegschaft von Neuem angeordnet werden. Planck, Note 2 zu § 1918. A. A. Fuchs 279; Schultetus 218; Staudinger, Note 1a zu § 1918; Schröder-Mugdan 501.

Abs. 2 ist auch anwendbar bei Todtgeburt. Schultzenstein-Köhne, Note 2 zu § 1918.

§ 1919. 1. Die Beschlagnahme und die Pflegschaft sind aufzuheben, wenn die Gründe für dieselben weggefallen sind, vgl. § 335 StPO.; so bei Rückkehr, Tod, Geisteskrankheit des Abwesenden. Letzteren Falles event. andere Art der Vormundschaft an Stelle der bisherigen. So auch, wenn die Strafklage wegfällt, der Abwesende aber unbekannten Aufenthalts ist: gewöhnliche Abwesenheitsvormundschaft.[1]) (?) Ist die Beschlagnahme weggefallen und der bisherige Pflegling im Stande, über sein Vermögen zu verfügen, so kann er daran nicht gehindert werden und er kann nicht gezwungen werden, weitere Verfügungen des Pflegers als bindend anzuerkennen, auch wenn die Pflegschaft formell noch nicht aufgehoben ist. Bei Todeserklärung des Pfleglings wird die Aufhebung der Beschlagnahme derjenigen der Pflegschaft vorausgehen müssen. Silberschmidt, A.bürgR. **15** 147 ff.

2. Die nach § 1910 eingeleitete Pflegschaft endigt auch im Falle des Todes und der Todeserklärung des Pflegebefohlenen erst mit der Aufhebung. Schultheis 220[12]; a. M. Hesse 269; Staudinger, Note 7 zu § 1910.

3. Die Aufhebung der Pflegschaft aus § 1914 setzt den Nachweis der zweckentsprechenden Vermögensverwendung (Fuchs 281) oder Bildung eines neuen Komitees durch die Beitragenden (Planck, Note 4 zu § 1914) voraus.

§ 1920. Der geisteskranke Pflegling kann während der Dauer der Krankheit den eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung enthaltenden Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft nicht stellen. KG. CBlFrG. **1** 559, OLG. **1** 317, RheinAV. **00** 188; Harnier, DJZ. **00** 337 Nr. 5 (gegen Kornfeld, DJZ. **00** 271).

§ 1921. Abs. 2. 1. Auf die Vertretungsmacht des Pflegers ist es ohne Einfluß, wenn der Abwesende bereits vor Anordnung der Pflegschaft verstorben ist. Die Motive IV 1261 lassen es dahingestellt, ob in diesem Falle der Pfleger den insoweit noch als fortlebend zu betrachtenden Abwesenden oder den Erben vertritt oder ob die Vertretung nach Analogie der Vollmacht fortdauert. Es wird anzunehmen sein, daß in diesem Falle der Pfleger kraft seiner

---

[1]) Die Frage, ob in diesem Falle die Güterpflege aufzuheben oder fortzuführen ist, oder gar von selbst mit der Beschlagnahme wegfällt, wird von Silberschmidt nicht zweifelsfrei beantwortet; die Ausführungen 149 (Nr. 1) und 150 (Nr. 2 Abs. 2) scheinen sich zu widersprechen. Richtiger wird es sein, die Aufhebung der Pflegschaft nach Wegfall der Beschlagnahme zur Beendigung zu fordern; bis zur Aufhebung dauert die Verfügungsbefugniß des Pflegers neben der nach Aufhebung der Beschlagnahme wieder möglich gewordenen Verfügung des Angeschuldigten. Ist letzterer abwesend, so ist eine gewöhnliche Abwesenheitspflegschaft einzuleiten (Schultheis).

staatlichen Bestellung für den Abwesenden zu handeln befugt ist. Er ist daher auch als berechtigt anzusehen, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Abwesenden zu beantragen (vgl. § 217 KO.). Boschan 306; ebenso **RG. 12** 68; Neumann, Note 2a zu § 1911; Rausnitz, Note 8 zu § 39 FrGG.; Kuhlenbeck, Von den Pandekten 95.

2. Der Pfleger kann bei Todesnachweis des Abwesenden die Pflegschaftsaufhebung beantragen. Das Gericht darf die Aufhebung nicht so lange ablehnen, bis das Nachlaßgericht eine Nachlaßpflegschaft angeordnet hat. BayrObLG. R. **02** 559.

Fünftes Buch.
Erbrecht.

Erster Abschnitt.
Erbfolge.

Literatur: Arnold: Der Testamentsvollstrecker. München 1902. — Binder, Julius: Die Rechtsstellung des Erben. Teil 1. Leipzig 1901. — Borcherdt, H.: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. Breslau. — Förster, R.: Ueber die Stellung, die Rechte und die Pflichten des Testamentsvollstreckers n. d. BGB., SächsA. 12, 136—176. — Frommhold, Georg: Das Erbrecht (Kommentar z. BGB. u. seinen Nebengesetzen. Herausgegeben von J Biermann u. A. 5; Berlin 1899—1900). — Heymann: Grundzüge d. gesetzl. Verwandtenerbrechts n. d. BGB. — Maercker, Gustav: Die Nachlaßbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht und das Vormundschaftsrecht, nebst den auf diese Rechtsverhältnisse bezüglichen gesetzl. Bestimmungen und Verwaltungsvorschriften für das preuß. Rechtsgebiet. Nach dem BGB. neu bearbeitet von Paul Köhne und Rich. Feist. [2 Hälften; Berlin 1900 (16).] — Mayer, H.: Das Erbrecht (Mayer, H.: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts . . . zweite und dritte Auflage, 2. Band). Stuttgart 1900. — Metscheider: D. letztwilligen Verfügungen n. d. BGB. — Eichhorn: D. Testament. Berlin 1900. — Meyer, Paul: Das Erbrecht des BGB., 1. Lieferung. Marburg 1900. — Posener, Paul: Erbrecht des BGB. Berlin 1900. — Salinger: Die Nacherbfolge n. d. BGB., A.bürgR. 19, 138—204. — Scherer, M.: Erbrecht des BGB. Erlangen 1900. — Strohal, Emil: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. (2) Berlin 1901. — Rieth, Franz: Prakt. Fälle aus d. Erb- und Pflichttheilsrechte. Nürnberg 1900. — Ridder, Joh E.: Das Erbrecht und eheliche Güterrecht des BGB. unter Hervorhebung der wesentlichen Abweichungen vom früheren rheinischen Rechte. Drei Vorträge. Köln 1900. — Schiffner: Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzl. Vermächtnisse n. d. BGB. Jena 1897.

§ 1922. Abs. 1. Der Begriff der „Erbschaft" begreift die Nachlaßschulden nicht in sich, wie das BGB. auch unter „Vermögen" die Schulden nicht mitversteht (vgl. § 419). Andererseits beschränkt sich das Recht des Erben nicht auf das Recht an dem Nachlasse. Binder 7 ff., 38. Auch Hagen, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten, Jherings J. **42** 43 ff. vertritt die Anschauung, daß bei Erörterung des Begriffs der Universalsukzession des Erben nach BGB. das Verhältniß zwischen Nachlaßgläubigern und Erben ausscheiden müsse, dieses vielmehr auf Grund der Auffassung geregelt sei, daß der Nachlaß als solcher ein Befriedigungsobjekt für die Nachlaßgläubiger darstelle.

Abs. 2. 1. Unter „Erbtheil" ist sowohl der dem einzelnen Miterben endgültig zugewiesene Antheil an dem Nachlaß, als auch der Antheil zu verstehen, zu dem Jemand aus einem bestimmten Grunde berufen ist. Die Vorschrift des Abs. 2 gilt für den „Erbtheil" in dem einen wie in dem anderen Sinne; wohl aber wird die allgemeine Regel des Abs. 2 in einzelnen Fällen unanwendbar (so im Falle des § 2062 BGB., § 235 KO. für den Erbtheil im ersten, im Falle der §§ 1935, 2007, 1951 Abs. 2 BGB. für den Erbtheil im zweiten Sinne), in anderen Fällen eingeschränkt (so für die Testamentsvollstreckung und den Erbschaftsanspruch.) Knitschky, A.civPr. **91** 218 ff.

2. Brettner, R. **00** 321 hält die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in Bezug auf einen einzelnen Erbtheil für unvereinbar mit dem Wesen der Testamentsvollstreckung, da das Gesetz Einschränkungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers nur im bestimmten Umfange zuläßt.

§ 1923. Abs. 1. Berufensein und Erbesein sind identische Begriffe; desgl. Berufensein und Erbfähigkeit. So Binder 62 gegen Endemann II §§ 6, 7.

Abs. 2. 1. Entgegen der allgemeinen Ansicht (vgl. Binder 62) vertritt Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte 244 den Satz, daß im Falle des § 1923 Abs. 2 ein erbloser Nachlaß vorhanden ist. — In „Anspruch und Klagrecht" 45 n. 1 nimmt er eine hereditas jacens für den Fall an, daß ein conceptus sed nondum natus Erbe wird oder eine noch der staatlichen Genehmigung bedürftige Stiftung durch Testament errichtet und gleichzeitig zum Erben eingesetzt ist.

2. Bei Kindern des Erblassers selbst enthält die gesetzliche Vermuthung der Vaterschaft zugleich die Vermuthung der Erzeugung vor dem Tode des Erblassers. Bei Kindern Dritter begründet dagegen die gesetzliche Vermuthung der Vaterschaft für ihr Erbrecht keine Vermuthung der Erzeugungszeit. Enneccerus-Lehmann 449.

3. Für die Eintragung der Erbfolge einer Leibesfrucht und des Nichterzeugten im Grundbuche sind die §§ 36, 52 GBO. anzuwenden. Förster, Handb. des formellen Grundbuchr. 135.

§ 1924. Abs. 1. Wer das bessere Erbrecht in einer früheren Ordnung für sich oder Andere behauptet, hat die Beweislast. Rosenberg, Beweislast 147.

Abs. 2. Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge nur dann aus, wenn er zur Erbfolge gelangt; also dann nicht, wenn er die Erbschaft ausschlägt, für erbunwürdig erklärt ist oder durch Verfügung des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist; im Falle des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht tritt zufolge § 2349 im Zweifel Ausschluß der Abkömmlinge des Verzichtenden ein. Strohal 12 f., Hellmann 216, Frommhold, A.bürgR. **12** 309 ff., Schiffner, Pflichttheil, Erbenausgleichung, gesetzl. Vermächtnisse 22 Anm. 10. A. M. Heymann 53, welcher lehrt, daß ein von der Erbfolge ausgeschlossener lebender Abkömmling seine weiteren Abkömmlinge von der Erbfolge ausschließt.

Abs. 3. An die Stelle vorverstorbener Abkömmlinge treten deren weitere Abkömmlinge auch dann, wenn die Vorverstorbenen erbunwürdig gewesen wären oder von der gesetzlichen Erbfolge durch Verfügung des Erblassers ausgeschlossen sind. Frommhold 306 Anm. 2, 309, Schiffner 22 Anm. 10, 77 f., so wohl auch Heymann 53 f.

§§ 1925, 1926. Das Gesetz spricht zwar nur aus, daß an die Stelle des einen oder anderen vorverstorbenen Eltern- oder Großelterntheils dessen Abkömmlinge treten. Es ist aber anzunehmen, daß die Abkömmlinge in der zweiten und dritten Klasse auch dann zur Erbfolge gelangen, wenn kein Theil der Eltern oder Großeltern den Erbfall erlebt hat. BayrObLG. Seuff. A. **56** 92.

§ 1931. Der § 1926 Abs. 3 Satz 2 geht dem § 1931 vor. Danach fällt die Quote eines kinderlos vorverstorbenen Abkömmlinges der Großeltern des Erblassers, von denen ein Theil gestorben ist, nicht der Wittwe, sondern dem überlebenden Großelterntheile nach § 1926 Abs. 3 Satz 2 zu. Neuschler, Krit. Bemerkungen zu Mayer-Reis, Erbrecht, WürttJ. **12** 381 ff.

§ 1932. Den Voraus des Ehegatten faßt Schiffner 123 ff. als gesetzliches Vermächtniß auf. Auf ihn will er insbesondere auch die Vorschriften über Annahme und Ausschlagung von Vermächtnissen Anwendung finden lassen, (129, 188 ff.); ferner die Vorschriften im § 2169 Abs. 1 (ohne den dort a. E. ausgesprochenen Vorbehalt), 2, 4, § 2164 Abs. 1, §§ 2165, 2184, 2185 (a. a. O. 127 f.), endlich die Vorschriften in §§ 2150, 2190, 2191 (a. a. O. 129); nicht für anwendbar hält er § 2169 Abs. 3 und § 2170, und im Falle des § 2172 Abs. 1

rechnet er den Miteigenthumsantheil zum Voraus, (127 Anm. 29, 31). Der Voraus wird bei Berechnung von Pflichttheilen (abgesehen vom Pflichttheile der Eltern) als zum Nachlasse gehörend mitgerechnet und steht diesen Pflichttheilsansprüchen nach, dagegen Vermächtnissen in Ermangelung abweichender Verfügung des Erblassers gleich (19, 128 f.); er hat jedoch selbst keinen Pflichttheilscharakter (19, 130, 181 Anm. 13). Bei Ueberschuldung des Nachlasses unterliegt der Voraus der Kürzung, doch haftet der Vorausnehmer nicht unmittelbar den Nachlaßgläubigern (128).

§ 1935. Diese Bestimmung ist anzuwenden sowohl für den Fall, daß der zuwachsende, als auch für den Fall, daß der ursprüngliche Erbtheil mit einer Ausgleichungspflicht belastet ist. Strohal 44 ff., Böhm 300 ff., Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 453 ff., 808 ff.; Hellmann, KrVschr. **39** 230 ff., Planck, zu § 2056 unter Nr. 4 und anderen, Schiffner 100; a. A. Beyer in seiner Dissertation „Die gesetzliche Erbenausgleichung nach dem bürgerlichen Rechte“ 65 ff., der dies für den zweiten Fall nicht gelten lassen will.

§ 1935 behandelt nicht die Wirkungen der Anwachsung, sondern beschränkt die Erbenhaftung. E. Heymann 59 Anm. 3.

§ 1936. Wolff, Iherings J. **44** 331 behandelt die Frage „Das Erbrecht des Fiskus und das Urheberrecht“.

§§ 1937—1941. Hierzu erörtert Schloßmann, Iherings J. **37** 301 ff. die Frage: Kann der Erblasser letztwillig anordnen, daß alle Streitigkeiten aus seinem Testamente nur von Schiedsrichtern entschieden werden dürfen?

§ 1939. Da hier verlangt wird, daß die Vermächtnißverpflichtung einen Vermögenswerth habe, ist § 1939 zur Auslegung des § 241 von Bedeutung. Hellwig Verträge 57.

Das BGB. erblickt in dem Vermächtniß eine Liberalität. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 531 Anm. 6, Böhm 56.

§ 1941. Hellwig Verträge 597 ff.: Beim Erbvertrage beruht die getroffene Verfügung auf dem Willen des Vertragserblassers, der andere Vertragstheil bewirkt durch seine Mitwirkung nur die Unwiderruflichkeit der Verfügung. Testament und Erbvertrag sind nicht verschiedenartige Verfügungen. Ist nur die Bindung des Erblassers nichtig, so bleibt der Erbvertrag als Testament bestehen, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, aber nicht aus dem Gesichtspunkte der Konversion, sondern nach § 2085. Es giebt keine entgeltlichen Erbverträge (604—608). Das BGB. gestattet Erbverträge zu Gunsten Dritter, ohne daß der andere Vertragstheil ein Interesse an der Zuwendung an den Dritten zu haben braucht (608 ff.); sie haben mit den Verträgen auf Leistung an Dritte nichts gemeinsam, auch wenn diese bezwecken, dem Dritten eine letztwillige Zuwendung zu machen (620 ff.). — Auflagevertrag 596.

Jastrow, Formularbuch Th. II 246 ff. und 313 ff. erörtert eingehend die Frage, ob und wie die Zwecke des abgeschafften Einkindschaftsvertrags im Wege des Erbvertrags erreicht werden können.

Zweiter Abschnitt.

Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1942. Der Fiskus als Testamentserbe kann die Erbschaft ausschlagen; fällt sie ihm nach der Ausschlagung wieder als gesetzlichem Erben an, so muß er sie annehmen. Goldmann-Lilienthal (1) 317 Anm. 7.

§ 1943. Die Annahme der Erbschaft bedarf im Gegensatze zur Ausschlagung (§ 1945) keiner Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte, sie kann vor Ablauf der Ausschlagungsfrist durch jede Bethätigung des Annahmewillens (pro herede gestio), auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Strohal 117, Böhm 184, 188f.

Sie kann aber auch durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte geschehen. Boethke, Gruchots Beitr. **46** 173 gegen Binder 103.

Die Annahme ist stets Rechtsgeschäft, auch die Versäumung der Ausschlagungsfrist. Binder 76ff.; a. A. Strohal 303 N. 16, Matthiaß II § 164 N. 1. Die Erklärung ist eine streng einseitige. Binder 102ff.

Die Erklärung der Annahme ist keine pro herede gestio im Sinne des gemeinen Rechtes; die Annahme muß vielmehr in Handlungen bestehen, welche von vornherein die Möglichkeit ausschließen, daß der Erbe für Andere handeln wollte, eine immixtio sein. Denn Erbe ist der Handelnde ja schon früher geworden. Binder 104ff.

Den Beweis der Erbschaftsannahme hat der Erbe zu führen, wenn er ein zum Nachlasse gehöriges Recht geltend macht, sonst derjenige, welcher den Erben als solchen in Anspruch nimmt. Goldmann-Lilienthal 318 Anm. 3, 4, 328 Anm. 5.

§ 1944. Irrthum des Erben über Anfall oder Berufungsgrund, selbst verschuldeter thatsächlicher oder Rechtsirrthum hindert den Beginn der Ausschlagungsfrist; den Irrthum hat der Erbe zu beweisen. Goldmann-Lilienthal 320, 336 Anm. 1, Böhm 185; LG. I Berlin, KGBl. **00** 92.

Ist der Erbe durch Testament berufen, so ist für den Beginn der Ausschlagungsfrist Kenntniß des Erben von der erfolgten Verkündung des Testaments nicht erforderlich, sofern er über den Anfall und seine testamentarische Berufung anderweit Kenntniß erlangt hat. Goldmann-Lilienthal 320 Anm. 6. Die Kenntniß muß aber immer eine bestimmte und überzeugende sein. **RG.** DJZ. **02** 263, JW. **02** Beil. 232.

Bei Ausschlagung der Erbschaft beginnt die Ausschlagungsfrist für den nächst berufenen Erben noch vor der gemäß § 1953 Abs. 3 seitens des Nachlaßgerichts an ihn erfolgenden Mittheilung, sofern er vorher von dem Anfall an ihn Kenntniß erlangt hat. Goldmann-Lilienthal 321 Anm. 7.

Bei geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben ist für den Beginn der Frist die Kenntniß des gesetzlichen Vertreters von Anfall und Berufungsgrund und für die Fristdauer dessen Aufenthaltsort maßgebend. Goldmann-Lilienthal 321.

Die §§ 203, 206 finden auch auf die sechsmonatige Frist des Abs. 3 Anwendung. Goldmann-Lilienthal 322 Anm. 1.

Für den Lauf der Ueberlegungsfrist ist unerheblich, wann der bestellte Nachlaßpfleger von Anfall und Grund der Berufung Kenntniß erlangt hat. Goldmann-Lilienthal 384 Abs. 2.

Die Voraussetzungen des § 1944 werden durch die Bestellung eines Bevollmächtigten nicht verändert. Denn der Vertreter wird nur zur Erklärung, nicht auch zur Kenntnißnahme bestellt. Endemann 121 gegen Planck V 41 und Frommhold 97.

§ 1945. Die vormundschaftgerichtliche Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft (§ 1822 Nr. 2) muß zur Zeit der Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte, die als empfangsbedürftige Willenserklärung anzusehen ist, vorhanden sein. Nachträgliche Genehmigung macht die vorher erklärte Ausschlagung nicht wirksam. KGJ. **21** A 197. Die nicht erfolgte Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die rechtzeitig nachgesuchte Genehmigung zur Ausschlagung ist als

höhere Gewalt anzusehen, so daß die Ausschlagungsfrist sich gemäß § 1944 Abs. 2, § 203 Abs. 2 um die Zeit der gerichtlichen Erwägung verlängert. Eccius, Gruchots Beitr. **44** 768.

§ 1946. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft kann nicht vor Eintritt des Erbfalls, wohl aber nach Eintritt des Erbfalls vor Beginn der Ausschlagungsfrist erfolgen. Goldmann-Lilienthal 322, Böhm 187.

§ 1947. Die Annahme der Erbschaft für den Fall der Berufung aus einem bestimmten Grunde ist stets eine bedingte Annahme und deshalb unwirksam. Binder 108 gegen Planck V Nr. 2 zu § 1947, Endemann III 345 Nr. 12.

Die Ausschlagung ist ein einseitiges Geschäft und darf nicht unter Bezugnahme auf einen Vertrag erklärt werden, dergestalt, daß sie von dem Vertrag in ihrer Wirkung beeinflußt wird. Wird sie aber unbedingt und unbefristet erklärt, so ist es unerheblich, daß sie durch einen Abfindungsvertrag, welcher sich als Beweggrund für die Erklärung darstellt, veranlaßt ist. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **21** 320 (s. auch unten).

Die Ausschlagung der Erbschaft zu Gunsten eines Dritten ist zwar in der Regel nicht als eine unter einer Bedingung erfolgende Ausschlagung aufzufassen. Jedoch ist es unrichtig, daraus mit Binder (Rechtsstellung des Erben 128) zu folgern, daß die Ausschlagung als solche wirksam bleibe, der Zusatz aber bedeutungslos sei. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Dritte der Nächstberufene ist (§ 1953 Abs. 2). Ist er dies nicht, so enthält die Erklärung eine Verfügung über den Nachlaß, keine Ausschlagung, und es fragt sich nur, ob sie als solche bestehen kann, oder nicht. Boethke, Gruchots Beitr. **46** 174.

Gleich Planck 46 erklärt dagegen auch Jastrow Th. II 332 die Ausschlagung einer Erbschaft „zu Gunsten" eines Anderen für unzulässig. Vgl. über die Frage auch Goldmann-Lilienthal 324 Anm. 1 und OLG. **6** 171 (Bamberg).

Aus der Praxis:

Die Eltern hatten den Nachlaß „zu Gunsten der Geschwister des Erblassers" ausgeschlagen. Es wird ausgeführt: Da die Geschwister kraft Gesetzes an die Stelle der ausschlagenden Eltern treten, so enthält dieser Zusatz etwas Selbstverständliches und nöthigt nicht zu der mit der Wortfassung in Widerspruch tretenden Auffassung, daß die Eltern die Erbschaft antreten und auf ihre überlebenden Kinder übertragen wollen. Eine solche Bedeutung kann dem Zusatze regelmäßig nur dann beigemessen werden, wenn die Erbschaft in Folge einer bloßen Ausschlagung ganz oder theilweise auf andere Personen als diejenigen übergehen würde, zu deren Gunsten die Ausschlagung erfolgt. OLG. Dresden, Sächs. Ann. **21** 320 (s. auch oben).

§§ 1950, 1951. Binder 110 ff.: Beide Paragraphen beziehen sich sowohl auf Theilerben wie auf Alleinerben. Ueber die Frage, wann verschiedene Berufungsgründe vorliegen, s. Binder 111 f.

Berufungsgrund ist der konkrete Thatbestand, aus dem eine bestimmte Person ihr Erbrecht ableitet. Mehrfache Verwandtschaft begründet daher stets mehrfache Berufung. Ebenso Verwandtschaft des überlebenden Ehegatten (gegen Planck, Frommhold u. A.). Der § 1951 setzt ferner voraus, daß es sich um verschiedene Erbtheile handelt. Ueber den Begriff des Erbtheils Binder 114 ff. Erbtheil ist grundsätzlich der Antheil des Miterben an der Erbschaft. Vgl. o. zu § 1922 Abs. 2.

Ist die Erbeinsetzung in zwei verschiedenen Erbverträgen und zwar in dem einen vertragsmäßig, in dem anderen einseitig (§ 2299) angeordnet, so liegen verschiedene Berufungsgründe vor. Goldmann-Lilienthal 326 Anm. 1.

§ 1952. Ueber die Transmission im neuen Rechte Binder 70 f.

Abs. 2. Ueber den Lauf der Ueberlegungsfrist für den Transmissar Binder 83 f. gegen Strohal 302 Nr. 15, Planck 48 Nr. 2 u. 9 i. Die Frist kann nicht versäumt werden, ohne daß der Transmissar in der Lage war, die transmittirte Erbschaft auszuschlagen. — Ueber die Transmission auf Miterben Binder 133 ff.: § 1952 Abs. 3 ist eine wirkliche Ausnahme von § 2040 (abw. Planck 48 Bem. 4). Schlägt der Miterbe die seinem Erbtheil entsprechende Quote der transmittirten Erbschaft aus, so wächst dieselbe nicht etwa den Quoten der übrigen Miterben an, wie Strohal 92, 308 ff. behauptet, sondern sie gelangt an die gesetzlichen Erben des ersten Erblassers (Binder 136). Ueber die Transmission beim Vorhandensein von Vor- und Nacherben: Binder 139 f.

Abs. 3. Stirbt der Erbe A, ohne sich über die ihm zugefallene Erbschaft des B erklärt zu haben, vor Ablauf der Ausschlagungsfrist unter Hinterlassung mehrerer Erben und schlägt einer der letzteren den seinem Erbtheile hinter A entsprechenden Theil der Erbschaft des B aus, so hat das dieselbe Wirkung, wie wenn A diesen Theil der Erbschaft des B ausgeschlagen hätte; der ausgeschlagene Antheil fällt also demjenigen zu, welcher als Erbe des B berufen sein würde, wenn A den Tod des B nicht erlebt hätte. Hachenburg, Vorträge 364 f.; Goldmann-Lilienthal 319. Zur Auslegung vgl. noch Oertmann, A.bürgR. **14** 366.

§ 1953. Abs. 3. Die vom Nachlaßgericht anzuordnende Mittheilung soll die Ausschlagungsfrist in Lauf setzen. Für den Erben aber, der bereits vorher Kenntniß von dem Grunde seiner Berufung hatte, beginnt schon vor der gerichtlichen Mittheilung mit der Kenntniß der Lauf der Ueberlegungsfrist (§ 1944). LG. I Berlin, KGBl. **00** 92.

Der an Stelle des eine Erbschaft Ausschlagenden tretende Erbe transmittirt sein Erbrecht auf seine Erben, auch wenn er vor der Ausschlagung — aber nach dem Erbfalle — verstorben ist. Strohal 9, 30; Böhm 191.

Heymann, Gesetzliches Verwandtenerbrecht 59 f. Die sukzessive Delation der Erbschaft ist als zweite Universalsukzession aufzufassen. Der Nachrückende erwirbt aber schon mit dem Erbfall ein suspensiv bedingtes Recht auf den Anfall (60), so daß der von dem conceptus ausgeschlossene auch von der sukzessiven Delation ausgeschlossen ist und andererseits das Recht auf sukzessive Delation vom Erbfall ab unter Lebenden und von Todeswegen übertragbar ist (61).

§ 1954. Ueber die Anfechtung der Ausschlagung: Binder 140 f. Ueber Anfechtung wegen Irrthums in der Angabe des Berufungsgrundes: Binder 140 Anm. 84.

Irrthum über die Größe des Nachlasses berechtigt nicht zur Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft. Goldmann-Lilienthal 327.

§ 1957. Die Frage, ob die Anfechtung der Erbschaftsannahme und -Ausschlagung einen Schadensersatzanspruch begründet, bejaht Planck 52 und verneint Binder 153 ff.

§ 1958. Gegen den Nachlaßverwalter kann eine Nachlaßforderung auch vor der Erbschaftsannahme geltend gemacht werden. Planck, § 1958 Note 3.

Die Unzulässigkeit eines gegen den Erben vor Verlust des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen, wegen einer Nachlaßverbindlichkeit erhobenen oder verfolgten Anspruchs ist von Amtswegen zu berücksichtigen. Das gilt auch von dem Antrag auf Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Erben. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 605 f.; Goldmann-Lilienthal 328 Anm. 5; vgl. Planck, § 1958 Note 1, 2, 4b; Jaeger, Erbenhaftung 2, 7; Hagen 59 ff.

Die Annahme der Erbschaft gehört zur Sachlegitimation der als Erben in Anspruch genommenen Beklagten. Wird die Annahme nicht behauptet oder im Bestreitungsfalle nicht erwiesen, so ist die Klage abzuweisen. Darüber hinaus steht dem Gerichte weder Recht noch Pflicht der Offizialprüfung zu. Neumann zu § 1958 Note I. 1 a δ.

§ 1959. Schlägt der Erbe, demgegenüber vor Ablauf der Ausschlagungsfrist ein dem Abs. 3 entsprechendes Rechtsgeschäft vorgenommen ist, nachher die Erbschaft aus, so ist er verpflichtet, dem definitiven Erben von der Vornahme des Rechtsgeschäfts sobald als thunlich Anzeige zu machen (§ 681 BGB.). Auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist es jedoch ohne Einfluß, ob der definitive Erbe davon Kenntniß erlangt. Goldmann-Lilienthal 330 Anm. 1.

Ueber das Verhältniß des Abs. 1 zu Abs. 2 und 3: Binder 155 ff.

Abs. 3 findet keine Anwendung auf zweiseitige Geschäfte. Binder 155.

Abs. 3. Nach Jaeger, Erbenhaftung 97 und KO. Anm. 9 zu § 9 bleibt ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches vor Ausschlagung der Erbschaft vorgenommen ist, nur wirksam, wenn es dem Ausschlagenden selbst gegenüber vorgenommen ist, nicht dagegen, wenn es im Konkurse über das Vermögen des Ausschlagenden dem Konkursverwalter gegenüber vorgenommen ist.

§ 1960. Nach Marcus, SächsA. 8 67 f., Planck, § 1960 Note 2b soll diese Bestimmung bei Vorhandensein eines den Nachlaß verwaltenden Testamentsvollstreckers keine Anwendung finden; vgl. jedoch Goldmann-Lilienthal 383.

Auch über die Erbantheile der Miterben können Nachlaßpfleger bestellt werden. Goldmann-Lilienthal 384 Anm. 1; Planck, § 1960 Note 2b; OLG. 5 229 (München).

Die Nachlaßpflegschaft fällt unter den allgemeinen Begriff der Pflegschaft, so daß alle für die letztere geltenden Vorschriften auch auf die Nachlaßpflegschaft Anwendung finden mit der sich aus § 1962 ergebenden Maßgabe, daß an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht tritt. So bedarf in Ermangelung eines Gegenvormundes die Verfügung über eine Hypothek der Genehmigung des Nachlaßgerichts (§§ 1812, 1821, 1915). Haben die Erben die Erbschaft angenommen, so bleibt die Pflegschaft dennoch bis zur Aufhebung (§ 1919) bestehen. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **01** 22.

Eine Nachlaßpflegschaft endigt nur nach Aufhebung seitens des Gerichts. Die Vorschrift des § 1918 Abs. 3, welche sich auf Pflegschaften zur Besorgung einzelner Angelegenheiten bezieht, kommt nicht in Betracht.

Das Nachlaßgericht ist nicht befugt, den Pfleger zur Herausgabe des verwalteten Vermögens an die Erben durch Zwangsmaßregeln, wie Ordnungsstrafen, anzuhalten. KGJ. **24** A 23 (KG.).

§ 1960 BGB. schließt nicht aus, daß ein Nachlaßgläubiger wegen seiner Forderung Sicherung im Wege des Arrestes verlangen kann. Hätte das BGB. dies ausschließen wollen, so hätte es einer klaren Bestimmung bedurft, um so mehr, als die dem Nachlaßgläubiger nach §§ 916 ff. CPO. zustehenden Befugnisse unter Umständen viel wirksamer sind, als die dem Nachlaßrichter nach § 1960 zustehenden. Z. B. kann letzterer keine Forderungen pfänden. Beschl. des LG. I Berlin, KGBl. **01** 56.

Abs. 2. Der Anmeldung im Aufgebotsverfahren steht die Anmeldung in Folge der von einem Miterben nach § 2061 veranstalteten Aufforderung gleich. Strohal 150 Anm. 6; Böhm, Gruchots Beitr. **42** 700 Anm. 41. Nach Böhm soll das Recht des Nachlaßgläubigers auf gesammtschuldnerische Haftung der Miterben sogar durch eine Anmeldung nach Ablauf der fünf Jahre erhalten werden.

Dem Nachlaßpfleger gebührt nur dann eine Vergütung, wenn das Nachlaßvermögen und der Umfang der pflegschaftlichen Geschäfte dies rechtfertigen. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **25** 535, DJZ. **02** 440.

§ 1960 hat keine rückwirkende Kraft. KG., OLG. **1** 385, **2** 346.

§ 1961. Auf Grund des § 1960 kann ein Nachlaßpfleger nur im Interesse der unbekannten und ungewissen Betheiligten bestellt werden. Dagegen ist § 1961 zum Schutze der Nachlaßgläubiger gegeben. Diese brauchen zur Begründung ihres Antrags auf Einleitung einer Nachlaßpflegschaft nicht einen streitigen Anspruch glaubhaft zu machen, vielmehr genügt, daß sie ihren Anspruch eventuell im Prozesse zu verfolgen beabsichtigen. KGBl. **01** 73. (KG.) KGJ. **22** A 71.

§ 1961 setzt den Nachweis eines „Bedürfnisses" nicht voraus und ergiebt nur eine Pflegschaft zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit (§ 1918 Abs. 3). Die „gerichtliche Geltendmachung" umfaßt nicht die Befriedigung aus dem Nachlasse; hinsichtlich dieser letzteren bleibt der Gläubiger auf § 1960 angewiesen. Hagen 61. Im Falle der Nachlaßpflegschaft des § 1961 BGB. haftet für die Auslagen, welche der Pfleger gehabt hat, und für die ihm zugebilligte Vergütung nicht der Nachlaßgläubiger, welcher den Antrag auf Einleitung der Pflegschaft gestellt hat, sondern die Nachlaßmasse. LG. Hirschberg, R. **00** 491.

§ 1962. Das Nachlaßgericht kann gleich dem Vormundschaftsgerichte nur bei Pflichtwidrigkeiten des Pflegers kraft seines Aufsichtsrechts (§§ 1837, 1915 BGB.) einschreiten, ist aber nicht befugt, in Zweckmäßigkeitsfragen leitende Anordnungen zu ertheilen. LG. Posen, PosMschr. **00** 187.

§ 1963. Diese Vorschrift ist zwingende Rechtsnorm. Müller, Seuff. Bl. **66** 23.

Die Mutter muß beweisen, daß sie außer Stande sei, sich selbst zu unterhalten. Rosenberg, Beweislast 139.

Bei irrthümlicher Schwangerschaft ist die Bereicherung herauszugeben; bei vorgespiegelter Schwangerschaft, oder wenn der nasciturus aus einer nicht zur Erbschaft berechtigenden Zeugung stammt, ist der gewährte Unterhalt zurückzuerstatten; kein Ersatz findet statt im Falle der Todtgeburt. Schiffner, Pflichttheil 153, Böhm 194, Fischer-Henle, BGB. Anm. 4 zu § 1963. Zum Unterhalt gehören die Entbindungskosten. Schiffner 152.

Nach Schiffner 154, 14, 29 Anm. 22 geht der Unterhaltsanspruch aus § 1963, welchen er als gesetzliches Vermächtniß auffaßt, Pflichttheilsansprüchen und Legaten vor; er ist vom Erblasser nicht beschränkbar und möglichst in einer Geldrente zu gewähren, auf welche die Berechtigte nicht vorweg verzichten kann und auf welche § 760 und die Grundsätze über gesetzlichen bzw. vermachten Unterhalt zur Anwendung kommen.

§§ 1964—1966. Ueber die erbrechtliche Stellung des Fiskus: Binder 212 ff. Beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Fiskus für die Nachlaßschulden? Binder 216 ff. Der Fiskus als Vorerbe (217).

§ 1965. Die Klage gegen den Fiskus ist eine Feststellungsklage. Es ist nicht erforderlich, daß der Fiskus das Erbrecht des Klägers bestritten hat. Hellwig, Anspruch 411, 431.

Zweiter Titel.

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. Abs. 1. Die Regel bildet die unbeschränkte Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten; nur unter bestimmten Voraussetzungen tritt eine Beschränkung der Haftung des Erben ein. Strohal 128 ff., Wendt, A.civ. Pr. **86** 354 ff., Bingner, SächsA. **5** 598; vgl. jedoch Denkschrift z. BGB. 249 f.,

Böhm 197. Nach Goldmann, Gruchots Beitr. 43 428 ff. ist die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach BGB. grundsätzlich eine beschränkte, ebenso Eccius, Gruchots Beitr. 43 603 ff., 612 ff., 619 ff., 625 f., 629, 632 f., Düringer-Hachenburg, HGB. I 122, Staub, HGB. (6. u. 7.) 150; dagegen Jaeger, Erbenhaftung 1 ff., 20, Planck, Vorbemerkung zu § 1967 N. 2, 3 und DJZ. 99 365 ff.

Singer, Seuff. Bl. 64 321 ff.: Das BGB. steht auf dem Standpunkte der unbeschränkten Erbenhaftung, da es im § 1967 ohne jede Beschränkung die Haftung des Erben ausspricht und durch die folgenden Gesetzesbestimmungen zu erkennen giebt, daß die beschränkte Haftung nur unter gewissen Voraussetzungen eintreten soll.

Die beschränkte Haftung ist theils durch Nachlaßabwickelung ohne Vermögensabsonderung — Aufgebotsverfahren, Zeitablauf — theils durch Nachlaßabwickelung unter Vermögensabsonderung — Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Nachlaßherausgabe — herbeizuführen; § 175 des Ges. über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung verfolgt auch den Zweck, dem Erben die Entschließung zu erleichtern, welcher Weg im Falle des Vorhandenseins eines Nachlaßgrundstücks zur Herbeiführung der beschränkten Haftung einzuschlagen ist (342).

Wenn der Erbe nicht von einem der im Gesetze vorgesehenen Abwendungsmittel Gebrauch macht, wenn er also unter ausdrücklichem oder stillschweigendem Verzicht auf die Abwendungsmittel ohne Weiteres einzelne, aber nicht alle Nachlaßgläubiger unter Erschöpfung des Nachlasses befriedigt, haftet er unbeschränkt (325, 326).

In dem Momente des Erbschaftsanfalls tritt kraft Gesetzes die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ein; gleichzeitig hiermit aber erwächst dem Erben das Recht, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Es haftet der Erbe also im Momente des Anfalls der Erbschaft für die Nachlaßverbindlichkeiten zwar nicht beschränkt, wohl aber so, daß die Haftung beschränkbar ist auf den Nachlaß. Diese Beschränkbarkeit ist eine gesetzliche Eigenschaft der Erbenhaftung, welche dieser kraft Gesetzes von vornherein und so lange innewohnt, bis die den Verlust der Beschränkbarkeit begründenden Thatbestände eingetreten sind. Wird der Erbe lediglich mit der Behauptung, daß er Erbe des Schuldners sei, und ohne die Behauptung einer den Verlust der Beschränktheit begründenden Thatsache in Anspruch genommen, so wird ein Thatbestand behauptet, aus welchem sich nur die beschränkbare Haftung ergiebt. Die Verurtheilung kann deshalb — auch im Versäumnißverfahren — nicht schlechtweg, sondern nur unter dem Vorbehalte der Geltendmachung der Beschränkung erfolgen. Neumann (3) Ziff. III 1a (438).

Die Vorschrift des § 1990, daß der Erbe bei Unzulänglichkeit des Nachlasses diesen ohne Weiteres den Gläubigern zur Befriedigung herausgeben darf und dann nicht mit seinem Vermögen für die Nachlaßschulden haftet, führt zu dem Grundsatze, daß der Erbe im Prinzipe nur beschränkt haftet. Enneccerus-Lehmann 495.

2. Abs. 2. Jaeger, Erbenhaftung 16 Anm. 9 und 64 f. rechnet ebenso wie Wilke, Haftung 3 die Erbschaftssteuer zu den Nachlaßverbindlichkeiten; vgl. Endemann III 554 Anm. 11. Ferner gehören dazu die sog. gesetzlichen Vermächtnisse (§§ 1969, 1932), der Anspruch der Schwangeren aus § 1963, nicht aber Ausgleichungsansprüche der Abkömmlinge. Jaeger 66/67.

Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören auch die Verbindlichkeiten der Erben aus den vom Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften sowie die Verbindlichkeiten, welche für den Erben gegenüber einem Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker, oder einem Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen im Interesse des

Nachlasses entstanden sind. Jaeger, Erbenhaftung 64, 80, Goldmann-Lilienthal 313 Anm. 5 329, Planck, § 1967 N. 2b; vgl. Marcus, SächsA. 8 69.

Die Kosten des Erbscheins gehören nicht zu den Nachlaßverbindlichkeiten. Voß, Gruchots Beitr. 43 665.

Als zweifelhaft bezeichnet es Neumann zu § 1967 N. III, ob eine Verbindlichkeit, welche erst durch einen nach dem Erbfalle sich vollziehenden Thatbestand hervorgebracht wird, dennoch aber im innigen Zusammenhange mit dem Nachlasse steht, Nachlaßverbindlichkeit oder persönliche Verbindlichkeit des Erben ist (z. B. Verzug und Verschulden des Erben in Ansehung von Nachlaßverbindlichkeiten, Prozeßkosten, Schadenszufügung durch Sachen, welche zum Nachlasse gehören).

3. Die Fassung des § 780 CPO., daß der „als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urtheile vorbehalten ist", ist zu eng. Auch bei solchen Nachlaßschulden, welche nicht Schulden des Erblassers waren, bedarf es des Vorbehalts im Urtheil, um dem Erben die beschränkte Haftung zu wahren. Enneccerus-Lehmann 499.

4. Unter der Herrschaft des ALR. erwarb der Legatar das vermachte Grundstück mit dem Tode des Erblassers. Zur Umschreibung bedurfte es nur der Zustimmung der Erben. Diese Zustimmung ist bei einem vor dem 1. 1. 1900 angefallenen Legat auch nach dem 1. 1. 1900 gemäß § 19 Grundbuchordnung erforderlich. RG. JW. 01 50.

§ 1968. Die Kostenpflicht geht Pflichttheilsansprüchen vor. Schiffner 14 Anm. 22; 29.

Die durch eine Feuerbestattung entstehenden Mehrkosten hat der Erbe nicht zu tragen, es sei denn, daß der Erblasser die Feuerbestattung als eine Auflage für ihn verordnet hat; jedenfalls sind dann diese Mehrkosten im Konkursfalle nicht Masseschulden. Goldmann-Lilienthal 314 Anm. 3.

Nach Jaeger, Erbenhaftung 77 gehören zu den Kosten der standesgemäßen Beerdigung auch Trauerkleider für vermögenslose Angehörige und das Gesinde des Erblassers, soweit die Lebensstellung des Erblassers und das Herkommen am Beerdigungsorte die Anschaffung einer Trauerkleidung erforderlich machen.

§ 1969. 1. Der Anspruch gegen den Erben ist ein obligationsrechtlicher und fällt unter den Gesichtspunkt des gesetzlichen Vermächtnisses. Schiffner 147 ff., 190, Strohal 6 Anm. 4, Wendt, A.civPr. 86 410 f. Pflichttheilsansprüche gehen ihm vor. Schiffner 14 f.

Vermächtnisse stehen ihm in Ermangelung abweichender Verfügung des Erblassers gleich. Schiffner 192 Anm. 8.

Nach Schiffner 149 f. entfällt der Anspruch im Falle der Todeserklärung und geht unter, insoweit ein Benutzungsobjekt innerhalb der 30 tägigen Frist ohne Schuld des Erben dem Hausstand entfremdet wird.

2. Unter die Familienangehörigen des Erblassers sind nicht nur dessen Verwandte, sondern auch Verwandte seiner Familienmitglieder (der Ehefrau, Kinder) zu zählen. Familienangehörige, die auf Grund bestimmten Vertragsverhältnisses zur häuslichen Gemeinschaft des Erblassers gehört haben, haben das Recht aus § 1969 nicht. Goldmann-Lilienthal 314 Anm. 5.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1970. Der Nachlaßverwalter ist berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen. Singer, Seuff. Bl. 64 339.

Nach Erlaß des Ausschlußurtheils sind, falls nicht der Erbe unbeschränkt haftet oder Nachlaßverwaltung beantragt, folgende Fälle denkbar:

a) Der Nachlaß reicht zur Befriedigung aller Gläubiger aus; dann sind alle zu befriedigen.

b) Er reicht zur Deckung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger nicht aus, ohne daß die Ueberschuldung auf Vermächtnissen und Auflagen beruht; es ist Konkurs zu beantragen.

c) Er reicht zur Deckung der nicht Ausgeschlossenen, nicht aber zur Deckung der Vermächtnisse und Auflagen; hier ist entweder α) Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs zu beantragen, oder β) die nicht ausgeschlossenen Gläubiger sind zu befriedigen, der etwaige Rest ist zur Befriedigung der Vermächtnisse und Auflagen herauszugeben.

d) Der Nachlaß reicht Anfangs zur Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger, später jedoch zur Deckung der sich nachträglich meldenden ausgeschlossenen Gläubiger nicht aus; dann ist nach § 1973 zu verfahren. Singer, Seuff. A. **64** 327, 328.

Nach Böhm 215 braucht der Erbe eigene Forderungen an den Nachla nicht anzumelden.

§ 1973. 1. a) Das Aufgebot soll dem Erben eine sichere Kenntniß der Nachlaßverbindlichkeiten verschaffen. Die anmeldenden Gläubiger gewinnen dadurch nicht das Recht, von dem Erben zu verlangen, daß dieser die nicht angemeldeten Forderungen zurücksetze. OLG. **5** 230 (Stettin).

b) Der Ausschluß durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger bezieht sich auch auf solche nicht angemeldete Forderungen, welche dem Erben bekannt sind, gegen ihn eingeklagt und durch Urtheil erstritten sind. Hachenburg, Vorträge 397, 398, Böhm, Gruchots Beitr. **42** 684, 685, Strohal 134, Hellmann 241.

Der Ausschluß von Nachlaßgläubigern wirkt für alle Miterben, auch für diejenigen, welche das Aufgebot nicht beantragt haben. Hachenburg, Vorträge 415.

c) Um vor Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen, Auflagen befriedigt zu werden, braucht der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger seine Forderung vor Berichtigung dieser Nachlaßverbindlichkeiten nur außergerichtlich geltend zu machen; bloße Kenntniß des Erben von der Forderung genügt nicht. Strohal 134 Anm. 3.

d) Sind im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Nachlaßgläubiger zum Antrag auf Setzung der Inventarsfrist befugt? Bejaht von Wilke, Haftung 5, Planck, § 1973 N. 8, § 2006 N. 2, Jaeger, Erbenhaftung 14. Verneint von Hachenburg, Vorträge 397; Bingner, SächsA. **5** 605.

Der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Nachlaßgläubiger ist zum Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung befugt. Strohal 136 (dagegen zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses nur mit der Beschränkung des § 219 KO.). Bejaht ferner von Böhm, Gruchots Beitr. **42** 687, Jaeger, Erbenhaftung 11, 42 Anm. 21. Verneint von Planck, § 1973 N. 8, Fischer-Henle, zu § 1981 N. 2.

2. Eine Verurtheilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers liegt nach Goldmann-Lilienthal 369 Anm. 1 nicht vor, wenn nur das Urtheil auf Feststellungsklage ergangen ist.

Können ausgeschlossene Nachlaßforderungen zur Aufrechnung benutzt werden? Bejaht von Böhm, Erbrecht 217 und Gruchots Beitr. **42** 687 gegen Planck, § 1973 N. 3.

Der Erbe muß beweisen, daß der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Rosenberg, Beweislast 138.

§ 1974. Die in Abs. 1 erwähnte Geltendmachung der Nachlaßforderung braucht nicht gerichtlich zu sein. Goldmann=Lilienthal 369, Planck, § 1974 N. 3.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1975. Auf die Nachlaßverwaltung finden, da dieselbe eine zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger dienende Nachlaßpflegschaft ist, die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechende Anwendung, insoweit sich nicht wegen des speziellen Zweckes Besonderheiten ergeben. Singer, Seuff. Bl. 64 338, 339.

Einleitung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses erzeugt nicht die Beschränkung der Erbenhaftung, sie entbindet nur den Erben, welcher von dem Rechte der Haftungsbeschränkung Gebrauch machen will, jedes weiteren Nachweises und der Pflicht, den im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses für ein solches Verfahren vorhandenen Nachlaß an den andrängenden Gläubiger zur Zwangsvollstreckung herauszugeben. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 619.

Der Erbe muß die Eröffnung der Nachlaßpflegschaft oder des Nachlaßkonkurses beweisen. Rosenberg, Beweislast 138.

§ 1976. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes tritt mit dinglicher Wirkung ein; Bürgen und Pfänder bleiben verhaftet. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 473.

Soweit Rechtsverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder Belastung erlöschen, tritt auch bei der durch Erbschaftserwerb herbeigeführten Vereinigung Erlöschen ein; ausgenommen sind die Fälle der §§ 1976, 1991, 2143, 2175, 2377. Strohal 128, Wendt, A.civPr. **86** 356f., 365f., 384. Doch weist Böhm 256 darauf hin, daß im Falle des § 2377 die durch Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse nur im Verhältnisse zwischen Erbschaftsverkäufer und =käufer als fortbestehend gelten, also nicht Dritten (Bürgen und Pfandbestellern) gegenüber. Vgl. dagegen Böhm 52, 69, 200.

§ 1977. Die Unwirksamkeit der Aufrechnungserklärung gemäß dieser Bestimmung gilt nur für den Fall der Eröffnung eines Nachlaßkonkurses oder einer Nachlaßverwaltung, nicht auch für die Nachlaßberechnung in den Fällen der §§ 1990, 1991. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 638; vgl. Planck, § 1991 N. 3.

Nach Jaeger, Erbenhaftung 55 Anm. 29 sind Aufrechnungen der im § 1977 gedachten Art erst nach der Erbschaftsannahme möglich.

Auch Abs. 2 bezieht sich nur auf eine vom Gläubiger ohne Zustimmung des Erben erklärte Aufrechnung. Jaeger, Erbenhaftung 55, Planck, § 1977 N. 2; a. A. Goldmann=Lilienthal 350 Anm. 2.

§§ 1977, 1978. Hat der Erbe gegenüber dem Nachlaßgläubiger oder dieser mit Zustimmung des Erben aufgerechnet, so bleibt die Aufrechnung auch bei Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses bestehen; der Erbe ist den Nachlaßgläubigern für Schädigung des Nachlasses durch die Aufrechnung verantwortlich und kann den dem Nachlasse durch die Aufrechnung grundlos zugewendeten Vortheil zurückverlangen. Kohler, Buschs Z. **24** 21f., Böhm, Gruchots Beitr. **42** 474, 477.

§ 1978. 1. Die Verantwortlichkeit des Erben für Verwaltung des Nachlasses gegenüber den Nachlaßgläubigern entspricht dem von vornherein bestehenden Rechte des Erben, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Sie entsteht nicht erst mit Einleitung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses, sondern besteht von vornherein. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 632.

2. Der Erbe hat gegenüber dem Nachlaßverwalter Anspruch auf Besitzschutz. Wegen seiner aus der Nachlaßverwaltung hervorgehenden Ansprüche auf Befriedigung aus dem Nachlasse kann er die Nachlaßgegenstände dem Nachlaß=

verwalter gegenüber zurückbehalten. Planck, § 1978 N. 5, Eccius, Gruchots Beitr. **43** 634; a. A. Jaeger, Erbenhaftung 85.

3. Für Kapitalbestände des Nachlasses, die der Erbe verwendet, ist er zinspflichtig nur, soweit er sich der Pflicht zur Bezahlung von Nachlaßverbindlichkeiten aus diesen Beständen entzogen hat. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 637.

4. Geht der Erbe, der das Handelsgeschäft des Erblassers weiterführt, unter der bisherigen Firma neue Geschäfte ein, so haftet er seinem Mitkontrahenten gegenüber persönlich, auch wenn er den Nachlaßgläubigern gegenüber beschränkt haftet. Hellwig, Verträge 406 Nr. 844c.

5. Die Verpflichtung des Erben, im Konkurs über den Nachlaß den Offenbarungseid zu leisten, bemißt sich nach den Vorschriften des BGB., wie auch schon vor dessen Inkrafttreten die Bestimmungen des jeweils in Geltung gewesenen Bürgerlichen Rechtes bezüglich dieser Frage bei dem Benefizialerben in Anwendung kamen. Völderndorff, KO. II 702.

Für diese Verpflichtung ist § 1978 — nicht § 2006 BGB. maßgebend. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs 18.

Die in der KO. für den Gemeinschuldner vorgesehenen Zwangsmittel sind, da der Erbe nicht Gemeinschuldner, hier nicht anwendbar. Völderndorff, KO. II 207; vgl. auch Kohler, Konkursrecht 13, Scheler, Seuff. Bl. **64** 185 ff.

§ 1980. Besteht die Verpflichtung des Erben zur Beantragung des Nachlaßkonkurses bei Ueberschuldung nach Anordnung der Nachlaßverwaltung noch neben der des Verwalters fort? Bejaht von Goldmann-Lilienthal 352 Anm. 3, Wendt A.civPr. **86** 372. Verneint von Planck, § 1980 N. 2. Nach Jaeger, Erbenhaftung 46 Anm. 43 verliert der Erbe mit Anordnung der Nachlaßverwaltung — ebenso wie bei Eröffnung des Erbenkonkurses — sogar die Befugniß zum Konkursantrage.

Der Schadensanspruch gegen den Erben bei der Konkursanmeldung gehört zur Konkursmasse (§ 228 Abs. 2 KO.), kann aber auch von einzelnen benachtheiligten Nachlaßgläubigern geltend gemacht werden. Wendt, A.civPr. **86** 397, Hachenburg, Vorträge 386, Goldmann-Lilienthal 353 Anm. 2, Planck, § 1991 N. 1b.

Auch der Nachlaßpfleger und der zur Verwaltung des Nachlasses berufene Testamentsvollstrecker haben nach Jaeger, Erbenhaftung 45, bei erkannter Ueberschuldung des Nachlasses die Pflicht zur Beantragung des Nachlaßkonkurses, werden jedoch durch Verletzung der Pflicht nur dem Erben, nicht den Nachlaßgläubigern unmittelbar verantwortlich (vgl. jedoch § 278); dasselbe gilt vom Verwalter im Konkurs über das Gesammtvermögen des Erben mit der Maßgabe, daß der Verwalter bei Pflichtverletzung dem Erben und der Gesammtheit der Konkursgläubiger verantwortlich wird (§ 82 KO.); vgl. Jaeger, Erbenhaftung 96 und Kommentar zu § 19 KO Anm. 8.

Bei Verkauf der Erbschaft hat die Pflicht aus § 1980 der Erbschaftskäufer. Jaeger, Erbenhaftung 111.

Gegen die Annahme Wendts, A.civPr. **86** 413f., daß Abs. 1 Satz 2 auch auf Pflichttheilsansprüche auszudehnen sei, Goldmann-Lilienthal 352 Anm. 4; vgl. Jaeger, Erbenhaftung 44, Planck, § 1992 N. 4.

Die Verantwortlichkeit tritt nicht ein gegenüber Nachlaßgläubigern, welche im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind oder gemäß § 1974 Ausgeschlossenen gleichstehen. Strohal 135, 141 Anm. 4. A. M. hinsichtlich der im § 1974 bezeichneten Gläubiger Wendt, A.civPr. **86** 391.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 will Wendt a. a. O. 413f. auch auf Pflichttheilsansprüche ausdehnen. Wird die Ueberschuldung des Nachlasses nur

durch das Vorhandensein von Nachlaßgläubigern herbeigeführt, welche im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind oder solchen gleichstehen, so ist der Erbe zum Antrag auf Konkurseröffnung nicht verpflichtet. Hachenburg, Vorträge 398.

§ 1981. 1. Abs. 1. a) Auch wenn dem Erben unter Einsetzung eines Testamentsvollstreckers die Verwaltung des ganzen Nachlasses entzogen ist, kann der Erbe Nachlaßverwaltung herbeiführen. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 620 Anm. 15, Marcus, SächsA. 8 68. Der Testamentsvollstrecker soll nach Marcus a. a. O. zur Beantragung der Nachlaßverwaltung nicht befugt sein; wohl aber der Verwalter im Konkurs über das Gesammtvermögen des Erben. Jaeger, Erbenhaftung 96 und Kommentar zu § 9 KO. Anm. 8.

Der Testamentsvollstrecker ist nicht berechtigt, die Nachlaßverwaltung zu beantragen. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** 131.

b) Gehört die von der Ehefrau angenommene Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesammtgute, so ist sowohl der Ehemann als die Ehefrau zum Antrag auf Nachlaßverwaltung befugt, ohne an die Zustimmung des anderen Theiles gebunden zu sein. Jaeger, Erbenhaftung 40, Planck, § 1406 N. 1, Hachenburg, Vorträge 136.

c) Der Erbschaftsverkäufer behält mit Rücksicht auf die Fortdauer seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2382) auch die Befugniß zur Beantragung der Nachlaßverwaltung — wie des Nachlaßkonkurses § 232 KO. — und kann beim Vorliegen der Fälle der §§ 1990 ff. die dort vorgesehenen Rechte für sich in Anspruch nehmen; gleiche Rechte erwirbt der Erbschaftskäufer (vgl. auch § 1000 CPO.). Eccius, Gruchots Beitr. **43** 631; Planck, § 1981 Note 2c; vgl. Jaeger, Erbenhaftung 106 ff.

2. Abs. 2 Satz 2. Die zweijährige Frist beginnt, wenn mehrere Erben zu verschiedenen Zeiten angenommen haben, mit der letzten Annahme. Hachenburg, Vorträge 380.

§ 1983. In Preußen erfolgt die Bekanntmachung durch den öffentlichen Anzeiger des Regierungsamtsblatts. JustMinVerf. v. 29. 10. 00.

§ 1984. 1. Schon mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verlieren die Erben die Verfügung über den Nachlaß. Die nach solcher Anordnung gegen die Erben erhobene Klage ist von Amtswegen abzuweisen. OLG. **1** 160 (Posen).

Dem Erben steht nach Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegenüber Ansprüchen an den Nachlaß der Einwand der mangelnden Passivlegitimation zu; nach Hachenburg, Vorträge 382 f. ist der Einwand dem unbeschränkt haftenden Erben versagt.

Die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Erben bei angeordneter Nachlaßverwaltung beginnt nach Planck, § 1984 Note 1, 2a, c mit dem Zeitpunkte der Anordnung, d. h. mit der Unterzeichnung des richterlichen Beschlusses; nach Eccius, Gruchots Beitr. **43** 634 Anm. 27 wird die Eröffnung der Nachlaßverwaltung erst mit Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an den Erben wirksam. Neumann zu § 1984 nimmt den Zeitpunkt als entscheidend an, in dem die Ausführung des Beschlusses angeordnet bzw. dem Gerichsschreiber übertragen wird (vgl. Wilmowski, Konkursordnung § 100 a. F.).

Der Erbe, welcher erst nach Einleitung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses wegen einer Nachlaßverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, ohne daß behauptet wird, daß er des Rechtes auf Beschränkung seiner Haftung verlustig gegangen sei, ist passiv nicht legitimirt. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 624.

2. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist auf Antrag des Nachlaßverwalters auch in das Grundbuch einzutragen. Goldmann-Lilienthal 355 Anm. 5; Planck, § 1984 Note 2.

3. Wird nach Anordnung der Nachlaßverwaltung eine Klage eines Nachlaßgläubigers gegen die Erben gerichtet und erkennt der Verwalter nach Eintritt in den Rechtsstreit den Klaganspruch sofort an, so muß der Kläger nach § 93 CPO. die Prozeßkosten tragen. Denn der Gläubiger hätte sich bei dem Nachlaßgericht erkundigen müssen, ob die Erben nicht etwa Nachlaßverwaltung beantragt hatten. OLG. 2 160 (Posen).

§ 1985. 1. Der Nachlaßverwalter hat vom Nachlasse Besitz zu ergreifen und sofort ein Inventar desselben zu errichten. Wendt, A.civPr. **86** 375, 404 f; Böhm 202.

Er hat die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten nur dann vorzunehmen, wenn er den Nachlaß als zur Befriedigung aller Ansprüche ausreichend erachten darf, anderen Falles unverzüglich Konkurs zu beantragen. Nur im ersteren Falle hat er auch die Verwerthung des Nachlasses vorzunehmen. Wendt, A. civPr. **86** 372 f., 377 f.

Auf die Verwaltungspflicht des Nachlaßverwalters gegenüber dem Erben sind die Vorschriften des Vormundschaftsrechts, nicht die des Konkursrechts zur Anwendung zu bringen. Goldmann-Lilienthal 356 Anm. 3 (vgl. 384); Planck, § 1985 Note 1a; dagegen Hachenburg, Vorträge 383; Neumann Note I 2a zu § 1985. Nach Eccius, Gruchots Beitr. **43** 634 ist der Nachlaßverwalter — im Gegensatze zum Konkursverwalter — zur eigenmächtigen Inbesitznahme des Nachlasses nicht befugt, sondern im Streitfall auf die Klage auf Herausgabe angewiesen. Vgl. Jaeger, Erbenhaftung 85.

2. Abs. 2. Ueber die unmittelbare Verantwortlichkeit des Nachlaßverwalters gegenüber den Nachlaßgläubigern vgl. Neumann Note I 3b. Die Pflicht des Nachlaßverwalters zur Beantragung des Nachlaßkonkurses bei Ueberschuldung des Nachlasses besteht nicht, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Goldmann-Lilienthal 357 Anm. 1; Planck, § 2013 Note 2c.

§ 1986. Hat der Erbe nach Beendigung der Nachlaßverwaltung den Nachlaßüberschuß vom Nachlaßverwalter ausgeantwortet erhalten, so kann er später auftretenden, nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern gegenüber nach Wendt, A.civPr. **86** 387 f.; Strohal 142; Planck, § 1986 Note 3 die Beschränkung seiner Haftung ohne Weiteres nach §§ 1990, 1991 zur Geltung bringen; dagegen Hellmann, KrVSchr. **39** 242. Nach Goldmann-Lilienthal 365 und Eccius, Gruchots Beitr. **43** 627 gelten auch für diesen Fall die allgemeinen Grundsätze, so daß die Beschränkung der Haftung nur durch Anordnung von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs und nur bei ungenügender Masse für die Kosten gemäß §§ 1990, 1991 geltend gemacht werden kann. Vgl. hierzu auch Planck, DJZ. **99** 366.

§ 1988. Die Nachlaßverwaltung endigt mit der Konkurseröffnung oder mit der Ausantwortung des Nachlasses nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten ipso jure; bei Einstellung der Verwaltung mangels Masse zur Deckung der Kosten ist dagegen Aufhebung erforderlich. Wendt, A.civPr. **86** 378 f.

Endigt die Nachlaßverwaltung, ohne daß der Nachlaßverwalter von dem Eintritt des Endigungsgrundes Kenntniß hatte oder haben mußte, so sind die Verfügungen des Nachlaßverwalters bis zum Moment der Kenntniß oder des Kennenmüssens rechtswirksam. Hachenburg, Vorträge 39.

Bei Ausantwortung des Nachlasses nach Berichtigung bzw. Sicherstellung der Nachlaßverbindlichkeiten bedarf es zur Beendigung der Nachlaßverwaltung eines gerichtlichen Aufhebungsbeschlusses gemäß § 1919. Goldmann-Lilienthal 358 Anm. 1; Planck, § 1988 Note 2; Neumann, Note 1; dagegen nehmen Wendt A.civPr. **86** 378 f.; Böhm, Gruchots Beitr. **42** 479 Beendi-

gung der Verwaltung ipso jure an, doch hält Böhm a. a. O. ausdrückliche Aufhebung nach § 1919 für zulässig.

§ 1989. 1. Werden durch den Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurs auch die Forderungen derjenigen Konkursgläubiger betroffen, welche nach § 230 Abs. 2 KO. am Zwangsvergleiche nicht theilnehmen? Bejaht von Jaeger, Erbenhaftung 89 f.; verneint von Seuffert, Buschs Z. **22** 518; Goldmann-Lilienthal 560 Anm. 3; Planck, § 1989 Note 1; Fleck, A.bürgR. **14** 72 ff.; Kleinfeller, Buschs Z. **25** 122.

Haftet der Erbe den vom Zwangsvergleiche betroffenen Konkursgläubigern nur mit dem Nachlaß oder auch mit seinem sonstigen Vermögen? Nach Fleck a. a. O. 67 ff. und Planck a. a. O. soll der Erbe jedenfalls denjenigen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, welche ihre Forderungen im Nachlaßkonkurs angemeldet haben, auch mit seinem sonstigen Vermögen haften; dagegen wollen Jaeger 89 ff. und Goldmann-Lilienthal 364 die Beantwortung dieser Frage vom Inhalte des Zwangsvergleichs abhängig machen; nach Goldmann-Lilienthal ist im Zweifel die weitergehende Haftung des Erben anzunehmen.

Die durch § 1989 angeordnete Haftungsbeschränkung des Erben im Falle des Zwangsvergleichs soll nach Jaeger 89 ff. nur dann eintreten, wenn der Erbe sich nach Inhalt des Zwangsvergleichs nicht mit seinem sonstigen Vermögen, sondern nur mit dem Nachlasse haftbar gemacht hat, in diesem Falle aber gegenüber allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, welche nach der Ansicht von Jaeger alle gleichmäßig vom Zwangsvergleiche betroffen werden. Dagegen soll nach Seuffert a. a. O. die Haftungsbeschränkung des Erben nach § 1989 nur eintreten gegenüber denjenigen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, welche nach § 230 Abs. 2 KO. am Zwangsvergleiche nicht theilnehmen und deshalb nach der Ansicht von Seuffert auch vom Zwangsvergleiche nicht betroffen werden.

Nach Fleck a. a. O. 62 ff., Goldmann-Lilienthal 364 f. und Planck a. a. O. soll die Haftungsbeschränkung des § 1989 nicht nur gegenüber denjenigen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern eintreten, welche ihre Forderungen im Nachlaßkonkurse nicht angemeldet haben, wiewohl nach Goldmann-Lilienthal a. a. O. der Zwangsvergleich auch die nicht angemeldeten Forderungen betreffen und dem Inhalte des Vergleichs entsprechend mindern soll.

Nach Böhm, Erbrecht 204 Anm. 4 und in Gruchots Beitr. **42** 481 soll die Haftungsbeschränkung des § 1989 auch gegenüber Forderungen eintreten, welche zum Nachlaßkonkurs angemeldet, aber aus irgend einem Grunde, z. B. wegen § 154 Abs. 2 KO., unbefriedigt geblieben sind; hiergegen Planck a. a. O.; Fleck a. a. O. 73, 75; Goldmann-Lilienthal 364 Anm. 3.

Wird der Nachlaßkonkurs mit Zustimmung der Gläubiger eingestellt, so soll der Erbe nach Planck, § 1989 Note 3, denjenigen Gläubigern, mit welchen er nicht etwa besondere Abkommen getroffen hat, nach Maßgabe des § 1990 haften; dagegen nehmen Goldmann-Lilienthal 365 an, daß die Beschränkung der Haftung des Erben wie sonst auch hier nur durch Anordnung von Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs und nur bei Unzulänglichkeit der Masse für die Kosten gemäß §§ 1990, 1991 geltend gemacht werden kann; ebenso Jaeger, Erbenhaftung 87.

2. Wenn die Nachlaßverwaltung aufgehoben ist, oder wenn der Nachlaßkonkurs aus anderen als den in diesem Paragraphen angegebenen Gründen beendigt ist, haftet der Erbe den noch vorhandenen Nachlaßgläubigern mit dem Rechte, die Haftung zu beschränken, weil er dies Recht nicht verloren hat. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 625.

Auch bei freiwilliger Befriedigung seitens des Erben kann der Nachlaßgläubiger nur Befriedigung aus dem Nachlaß, also bei Unzulänglichkeit desselben

nur Herausgabe des nach gutgläubiger Verwaltung noch vorhandenen Nachlaßbestandes fordern. Bietet der Erbe diesen dem Gläubiger an, so befindet er sich in Erfüllungsbereitschaft. Erhebt der Gläubiger trotzdem Klage, so treffen den Gläubiger die Prozeßkosten. Enneccerus-Lehmann 50.

Der Erbe, der bei mangelndem Nachlasse die Haftung für die Schulden des Erblassers ablehnt, kann der Pfändung in Nachlaßgegenstände nicht entgegensetzen, daß dieselben ihm im Sinne des § 811 CPO. unentbehrlich seien. Es war Handwerkszeug des Erblassers gepfändet, welches der Erbe zur eigenen Fortführung des Gewerbes des Erblassers benutzte. KG., OLG. **1** 431, KGBl. **01** 14.

§ 1990. 1. § 1990 kommt nach Hachenburg, Vorträge 410 für Miterben auch nach der Nachlaßtheilung zur Anwendung.

Auch wenn der Nachlaß für die Forderung des gerade klagenden Nachlaßgläubigers ausreicht, kann der Erbe die Befriedigung verweigern und den Gläubiger auf den Nachlaß verweisen. Hachenburg, Vorträge 390 f., 393.

Ueber Inhalt und Fassung des im Falle des § 1990 gegen den Erben ergehenden Urtheils vgl. Wendt, A.civPr. **86** 382 f.; Hachenburg, Vorträge 388 ff.; Wilke, Haftung des Erben 19; Böhm, Gruchots Beitr. **42** 482.

Unter mehreren Nachlaßgläubigern entscheidet im Falle des § 1990 bei unzureichendem Nachlasse Prävention. Wendt, A.civPr. **86** 383 f.; Bingner, SächsA. **5** 603 f.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse vorhanden ist, sind auch die durch Konfusion erloschenen Rechte des Erblassers heranzuziehen. Wolff, Iherings J. **44** 349 f.

2. Abs. 2 bezieht sich auch auf den Fall, daß der Nachlaßgläubiger eigenes Vermögen des Erben angegriffen hat; auch solchen Gläubigern gegenüber kann sich der Erbe durch Preisgabe des Nachlasses von jeder weiteren Haftung befreien, so daß die Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen des Erben aufgehoben werden muß. Jaeger, Erbenhaftung 9, Wendt, A.civPr. **86** 383 f., Hachenburg, Vorträge 391 f. scheinen den Abs. 2 nur auf den Fall der Vollstreckung in den Nachlaß zu beziehen. Vgl. auch zu § 1977.

§§ 1990, 1991. Ist ein Antrag auf Anordnung von Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs nicht gestellt worden, so hat der Erbe, wenn er sich auf §§ 1990, 1991 berufen will, die Unzulänglichkeit der Masse darzuthun, Goldmann-Lilienthal 361 Anm. 1, und zu beweisen, Jaeger, Erbenhaftung 8; dagegen hat nach Eccius in Gruchots Beitr. **43** 615 ff. der Erbe, welcher seine Haftungsbeschränkung ohne Konkurs- oder Nachlaßverwaltung geltend macht, zur formellen Begründung seines Rechtes nur den von ihm zugegebenen — nach richterlichem Ermessen zur Eröffnung des Verfahrens nicht zureichenden — Bestand des Nachlasses anzugeben, dagegen zu seiner Legitimation nicht zu beweisen, daß der Nachlaßbestand nicht höher ist.

Wendt, A.civPr. **86** 380 nimmt an, daß Unthunlichkeit der Anordnung von Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs wegen Unzulänglichkeit der Masse nur vorliege, wenn ein dieserhalb gestellter Antrag abgelehnt sei; dagegen Goldmann-Lilienthal; Jaeger; Wilke, Haftung 19; Hachenburg, Vorträge 388. Bingner, SächsA. **5** 603 und Planck, § 1990 Note a empfehlen dem Erben zu seiner Deckung die Stellung des Antrags. Ueber Inhalt und Fassung des im Falle des § 1990 gegen den Erben ergehenden Urtheils vgl. noch Planck, § 1991 Note 2; Goldmann-Lilienthal 361 Anm. 4; Eccius, Gruchots Beitr. **43** 617 Anm. 12; Jaeger, Erbenhaftung 8 Anm. 15.

Der Erbe erstreitet kostenpflichtige Abweisung des Nachlaßanspruchs, wenn der von ihm dargelegte Nachlaß völlig erschöpft ist oder der Gläubiger die ihm

angebotene Herausgabe des wirklichen Nachlaßbestandes zur Zwangsvollstreckung zurückgewiesen hat. Eccius a. a. O. 617.

Nach Jaeger, Erbenhaftung 9 soll der Erbe, wenn er sich einem Nachlaßgläubiger gegenüber gemäß § 1990 durch Preisgabe des Nachlasses befreit hat, sich auf Prozesse anderen Nachlaßgläubigern gegenüber nicht mehr einzulassen brauchen und ihnen gegenüber die Passivlegitimation bestreiten dürfen; dagegen Eccius, Gruchots Beitr. **43** 618 Anm. 12; Böhm, Gruchots Beitr. **42** 482.

Ueber die Anwendung des § 1979 im Falle des § 1990 und über die Bedeutung des § 1991 Abs. 4 vgl. Goldmann-Lilienthal 362 f.; Planck, § 1991 Note 1 f.; Eccius, Gruchots Beitr. **43** 619 Anm. 13; vgl. auch Jaeger, Erbenhaftung 9. — Jaeger a. a. O. hält den Erben nicht für berechtigt, beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1990 den Nachlaß andringenden Pflichttheilsberechtigten, Vermächtnißnehmern und solchen, welche die Vollziehung einer Auflage zu verlangen befugt sind, herauszugeben; dagegen Hachenburg, Vorträge 393 f.

Die Geltendmachung der Einrede in der Zwangsvollstreckung setzt den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung im Urtheile über die Nachlaßverbindlichkeit voraus. Der Erbe ist beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1990, der Gläubiger für den Eintritt der unbeschränkten Erbenhaftung. Neumann, zu § 1990 Note 3 a.

Der Erbe muß beweisen, daß der Nachlaß zur Befriedigung nicht ausreicht. Rosenberg, Beweislast 138.

§ 1992. Diese Bestimmung gilt nach Böhm, Gruchots Beitr. **42** 478 Anm. 22 ebenso wie nach Wendt, A.civPr. **86** 413 f. und nach Singer, Seuff. Bl. **64** 340 auch für den Nachlaßverwalter.

Der Ausdehnung des § 1992 auf Pflichttheilsansprüche, welche Wendt, A.civPr. **86** 413 f. für zulässig hält, widersprechen Planck, § 1992 Note 4; Jaeger, Erbenhaftung 10 Anm. 28. Vgl. auch zu § 1980.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1993. Hinsichtlich eines unter Vormundschaft stehenden Erben wird das Vormundschaftsgericht im Hinblick auf §§ 1802, 1848 die Errichtung eines Nachlaßinventars stets verlangen, falls nicht die Inangriffnahme des Privatvermögens des Erben absolut ausgeschlossen erscheint. Singer, Seuff. Bl. **64** 324.

Einreichung des Inventars bei einem anderen als dem Nachlaßgerichte führt keine Beschränkung der Haftung des Erben herbei. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 469.

Es ist irreführend, zwischen der unbeschränkten Haftung allen Nachlaßgläubigern und der unbeschränkten einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber zu unterscheiden. Man hat vielmehr zwischen der unbeschränkten Haftung für alle Nachlaßverbindlichkeiten und unbeschränkten Haftung für einzelne Nachlaßverbindlichkeiten zu unterscheiden. Pflaum, DJZ. **00** 67.

§ 1994. Im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Nachlaßgläubiger sind zum Antrag auf Setzung der Inventarfrist nicht befugt. Hachenburg, Vorträge 397; Bingner, SächsA. 5 605. A. A. Wilke, Die Haftung des Erben 5; Bendix, Privatr. 800. Ebensowenig Miterben, welche zugleich Nachlaßgläubiger sind. Wilke, a. a. O.

Miterben, welche zugleich Nachlaßgläubiger sind, sind zum Antrag auf Setzung der Inventarfrist für die anderen Miterben befugt. Planck, § 1994 Note 2; Jaeger, Erbenhaftung 14 Anm. 2; a. A. Wilke, Haftung d. Erben 5.

Fristsetzung durch ein örtlich unzuständiges Nachlaßgericht ist nicht unwirksam. Neumann, zu § 1994 Note I. 1a.

Zu den Gründen, aus denen nach BGB. die Haftung des Erben unbeschränkbar wird (§§ 1994, 2005), tritt noch der handelsrechtliche Grund der Fortführung des Geschäfts des Erblassers in Verbindung mit den im § 27 HGB. bezeichneten Thatsachen. Hellwig, Die Verträge auf Leistungen an Dritte 404 ff.

§§ 1997, 1999. Ist einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen die Inventarfrist verlängert worden und fällt während des Laufes der Frist der gesetzliche Vertreter fort, so beginnt nach dem Aufhören des Vertretungsmangels nur die zuerst gesetzte Frist (ohne die Verlängerung) von Neuem zu laufen. Hachenburg, Vorträge 373; Planck, § 1997 Note 2; a. A. Goldmann-Lilienthal 341 Anm. 3.

§ 2000. Während der Dauer von Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs kann der Erbe die Beschränkung seiner Haftung auch nicht zufolge §§ 2005, 2006 verlieren. Jaeger, Erbenhaftung 18; Planck, § 2005 Note 2, § 2000 Note 7.

Nach Beendigung von Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs kann dem Erben — abgesehen von den Fällen des Satzes 3 — wieder eine Inventarfrist mit der Wirkung gesetzt werden, daß im Falle der Versäumung seine unbeschränkte Haftung eintritt. Goldmann-Lilienthal 336 f.; Planck, § 1986 Note 3; Eccius, Gruchots Beitr. **43** 626 f.; Jaeger, Erbenhaftung 18; Neumann, zu § 2000 Note 2.

Die Vorschrift des Satzes 3 greift nur Platz, wenn der Erbe nicht schon vor Konkurseröffnung die Beschränkung seiner Haftung verwirkt hatte. Jaeger, Erbenhaftung 17 Anm. 16; Neumann, Note 1; a. A. Hachenburg, Vorträge 382.

§ 2001. Zu den in das Inventar aufzunehmenden Nachlaßverbindlichkeiten gehören auch Vermächtnisse, Auflagen, Pflichttheilsrechte, eigene Forderungen des Erben an den Nachlaß, nicht aber Ausgleichungsansprüche. Böhm 210.

Der Nacherbe hat in das von ihm zu errichtende Nachlaßinventar dasjenige aufzunehmen, was er aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben als solchen zustehenden Ansprüche. Küntzel 836 f.; a. A. Strohal 145 und Hellmann 242, nach denen die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und -Verbindlichkeiten aufzunehmen sind.

Nach Böhm, Gruchots Beitr. **42** 470 hat der Nacherbe in das von ihm zu errichtende Inventar den Nachlaßbestand zur Zeit des Erbfalls aufzunehmen.

§ 2003. Abs. 2. Der Erbe ist dem Nachlaßverwalter zur Auskunftsertheilung nur nach Maßgabe des § 260 verpflichtet. Planck, § 2005 Note 2c; Eccius, Gruchots Beitr. **43** 635.

Böhm, Gruchots Beitr. **42** 478 und Wendt, A.civPr. **86** 373, 375 wollen den Erben bei Auskunftsverweigerung der Folge des § 2005 unterwerfen; dagegen Jaeger, Erbenhaftung 16 Anm. 11 und Planck a. a. O.

§ 2005 (s. zu §§ 2008, 2144 Abs. 2). Der im Besitze des Nachlasses befindliche Miterbe hat den anderen Miterben gerichtliches Inventar auf Verlangen zu gewähren. OLG. 5 342 (KG.).

Kann der Erbe, welcher absichtlich im Nachlaßinventar Aktiva verschwiegen oder nicht bestehende Passiva zur Benachtheiligung der Gläubiger aufgeführt hat, die unbeschränkte Haftung dadurch abwenden, daß er das Inventar noch innerhalb der Inventarfrist berichtigt? Bejaht von Goldmann-Lilienthal 343 Anm. 6; verneint von Planck, § 2005 Note 2.

Bei Auskunftsverweigerung seitens des Erben tritt dessen unbeschränkte Haftung nicht ein, wenn die das Nachlaßinventar aufnehmende Behörde oder Urkundsperson trotzdem ohne erhebliche Verzögerung das Nachlaßinventar aufzustellen vermag, z. B. durch Auskunftseinholung von anderer Seite. Goldmann-Lilienthal 344 Anm. 1; Jaeger, Erbenhaftung 16; a. A. Planck a. a. O.

§ 2006. Der vom Erben zu leistende Offenbarungseid bezieht sich nur auf die bei Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände. Strohal 133; Küntzel 833; Hellmann 240; vgl. auch zu § 2008.

Schlägt der gesetzliche oder testamentarische Erbe die ihm angefallene Erbschaft rechtswirksam aus, so ist der Nachlaßgläubiger nicht berechtigt, von ihm die Ableistung des Offenbarungseids (§§ 2006, 2028) zu verlangen. § 2028 BGB. giebt solches Recht nur dem Erben gegenüber dem bloßen Erbschaftsbesitzer. KGJ. **20** A 256.

Bei Weigerung des Erben zur Leistung des Offenbarungseids geben dem Nachlaßgläubiger auch ein Klagerecht: Jastrow, Reichsges. üb. freiw. Gerichtsbarkeit Note 1 zu § 79; Planck, § 2006 Note 4c; a. A. anscheinend Wilke, Haftung des Erben 8; Neumann, zu § 2006 Note 5c; Goldmann-Lilienthal 344 Anm. 3; Jaeger, Erbenhaftung 17 Anm. 13.

Der Fiskus als gesetzlicher Erbe kann zwar nicht zur Leistung des Offenbarungseids von dem Nachlaßgericht angehalten werden, hat jedoch zufolge der Bestimmung des § 2011 Satz 2 gemäß § 260 ein Verzeichniß des Nachlaßbestandes vorzulegen und kann durch das Prozeßgericht im Falle des § 260 Abs. 2 zur Leistung des Offenbarungseids verurtheilt werden. Goldmann-Lilienthal 338; Planck, § 2011 Note 1.

Abs. 3. Ob das Nichterscheinen des Erben im zweiten Termine zur Leistung des Offenbarungseids genügend entschuldigt ist, hat im späteren Streitfalle der Prozeßrichter zu entscheiden. Goldmann-Lilienthal 344 Anm. 5; Planck, § 2006 Note 4b; Neumann, zu § 2006 Note 5d; vgl. auch OLG. **4** 118 (Rostock); es sei denn, daß das Nachlaßgericht den Entschuldigungsgrund für genügend befunden und in einem dritten Termine den Eid abgenommen hat. Planck a. a. O.

§ 2007. Zur Auslegung vgl. Strohal 153 f.; Küntzel 844 f.; Böhm 212; Wendt, A.civPr. **86** 431 ff.

Die Bestimmung des Satzes 1 wird nach Böhm, Gruchots Beitr. **42** 703 ff. nur praktisch, wenn die mehreren Erbtheile besonders belastet sind, dagegen nicht bei Belastung durch gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeiten

Versäumt ein zu mehreren Erbtheilen berufener Erbe die ihm zu einer Zeit, da er von dem Grunde und Anfalle der Berufung zu dem zweiten Erbtheile keine Kenntniß hat, bestimmte Inventarfrist, so bleibt seine Haftung in Ansehung des zweiten Erbtheils noch beschränkbar; und der Erbe wahrt sich die Befugniß der Haftungsbeschränkung in Ansehung dieses zweiten Erbtheils für alle Zeit, bevor er rechtzeitig in Ansehung dieses Erbtheils ein Inventar errichtet, d. h. bevor er es errichtet innerhalb einer — der Dauer nach der vom Nachlaßrichter bestimmten gleichkommenden — Frist, welche beginnt in den Fällen, in denen es dem Erben freisteht, den zweiten Erbtheil auszuschlagen, mit der Annahme.

§ 2008. Der Offenbarungseid gemäß § 2006 ist zunächst von der erbenden Ehefrau zu leisten und zwar auch dann, wenn der Ehemann das Nachlaßinventar errichtet hat, widrigenfalls die Ehefrau dem Nachlaßgläubiger unbeschränkt haftbar wird, jedoch unbeschadet der Rechte des Ehemanns; letzterer geht der Ehemann erst dann verlustig, wenn auch er die Leistung des Offenbarungseids verweigert. Von dem Ehemanne kann der Nachlaßgläubiger die Eidesleistung

indessen überhaupt nicht verlangen, solange die Ehefrau die Eidesleistung noch nicht verweigert hat. Planck, § 2008 N. 4c. Nach Hachenburg, Vorträge 133 ff. ist der Offenbarungseid unter dem Präjudiz des § 2006 von demjenigen Ehegatten zu leisten, welcher das Nachlaßinventar errichtet hat; haben beide Ehegatten das Inventar errichtet, wenn auch der eine nur durch Erklärung gemäß § 2004, so tritt das Präjudiz nur bei Eidesweigerung seitens beider Ehegatten ein. Die Ehefrau als Erbin verliert ihr Recht auf beschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht, wenn auch nur einer der Ehegatten der Inventarpflicht genügt, sei es auch durch gutgläubige Bezugnahme auf das von dem anderen Ehegatten absichtlich unvollständig oder unter Aufnahme erdichteter Schulden errichtete und eingereichte Inventar innerhalb der Inventarfrist (§ 2004); ebenso genügt es bei Inventaraufnahme durch das Nachlaßgericht, wenn auch nur einer der Ehegatten gemäß § 2003 Abs. 2 die dazu erforderliche Auskunft ertheilt. Der Offenbarungseid gemäß § 2006 ist von demjenigen Ehegatten zu leisten, welcher das Inventar errichtet hat; haben beide Ehegatten das Inventar errichtet, wenn auch der eine nur durch Erklärung gemäß § 2004, so tritt der Rechtsnachtheil des § 2006 nur ein, wenn beide Ehegatten den Eid verweigern oder versäumen. Hachenburg, Vorträge 133 ff.

§ 2009. Die Vermuthung greift auch Platz im Verhältnisse zwischen den Erben bzw. dessen persönlichen Gläubigern einerseits und dem Nachlaß- oder Konkursverwalter andererseits, nicht aber für das Verhältniß der Erben zu anderen Personen. Planck, § 2009 N. c, Goldmann-Lilienthal 345 Anm. 2; a. A. Wendt, A.civPr. **86** 395.

Die Vermuthung, welche hier für den Fall der Errichtung eines förmlichen Inventars aufgestellt ist, steht den Angaben des Erben über die Bestandtheile des Nachlasses gegenüber dem Nachlaßgläubiger ebenso zur Seite, auch wenn ein Inventar nicht errichtet ist. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 636.

Bei vollständiger Mangelhaftigkeit des Inventars wird die Vermuthung nicht begründet. Böhm, Erbrecht 213.

§ 2011. Auch der Fiskus als Erbe kann eine Beschränkung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nur auf demselben Wege wie andere Erben erreichen. Wendt, A.civPr. **86** 405, Bingner, SächsA. **5** 607.

Dem Fiskus als Testamentserben kann die Inventarfrist gesetzt werden. Wilke, Die Haftung des Erben 5.

§ 2012 (s. zu § 1985). Der Erbe kann auf die Beschränkung seiner Haftung nur einzelnen Nachlaßgläubigern durch Rechtsgeschäft mit diesen, nicht aber allgemein verzichten. Goldmann-Lilienthal 332 Anm. 2; Planck, Vorbemerkung zu § 1993 N. 6bγ; Neumann N. IV2b (440).

Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter machen durch Verletzung ihrer Auskunftspflicht gegenüber den Nachlaßgläubigern nach Fischer-Henle Anm. 2 zu § 2012 den Nachlaß gegenüber den letzteren verantwortlich. Nach Goldmann-Lilienthal 338 Anm. 4, Jaeger, Erbenhaftung 19 machen sie sich nur persönlich haftbar (vgl. Motive V 552, Prot. V 669).

Bei angeordneter Testamentsvollstreckung kann zwar nicht dem Testamentsvollstrecker, wohl aber dem Erben eine Inventarfrist gesetzt werden (vgl. § 2215). Jaeger, Erbenhaftung 15, 19; vgl. Wilke, Haftung 5, Goldmann-Lilienthal 338 Anm. 3, Neumann, N. 2.

§ 2013. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn er das Recht der beschränkten Haftung verloren hat (und nicht schon dann, wenn er dieses Recht nur noch nicht erworben hat). Wendt, A.civPr. **86** 388 ff.

Zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses bleibt auch der unbeschränkt haftende Erbe berechtigt. Wendt, a. a. O. 359 Anm. 4.

Der Gläubiger, welcher vorbehaltlose Verurtheilung des Erben verlangt, hat zu beweisen, daß dem Erben die zur Geltendmachung der beschränkten Haftung gesetzlich vorgesehenen Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 462, 471.

Der Nachlaßgläubiger kann auch bei unbeschränkter Haftung des Erben Nachlaßverwaltung beantragen. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 473, Wilke, Haftung des Erben 16, Hachenburg, Vorträge 381.

Abs. 1. Hat das Aufgebotsverfahren trotz unbeschränkter Haftung des Erben stattgefunden, so kommt es dem Erben nicht zugute und er haftet auch den ausgeschlossenen Gläubigern unbeschränkt Goldmann, Gruchots Beitr. **43** 437 f., Jaeger, Erbenhaftung 13, 17; Planck, § 1970 N. 1, § 2013 N. 2; ebensowenig kommt es dem Erben, welcher einem einzelnen Gläubiger unbeschränkt haftet, diesem Gläubiger gegenüber bei dessen Ausschließung zugute. Jaeger, Erbenhaftung 18, Planck a. a. O.

Verlangt ein ausgeschlossener Nachlaßgläubiger vom Erben den Offenbarungseid, so soll letzterer im Falle der Eidesverweigerung nach Jaeger, Erbenhaftung 19 und Planck, § 1970 N. 1, § 1213 N. 2 dem Antragsteller gegenüber das Recht beschränkter Haftung wieder einbüßen. Ueber die Wirkungen der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses nach Eintritt unbeschränkter Erbenhaftung vgl. Neumann, N. I 1 b.

V. Aufschiebende Einreden.

§§ 2014 ff. 1. Ueber die aufschiebenden Einreden des Erben und ihr Verhältniß zum Leistungsverzuge vgl. die eingehenden Ausführungen bei Paech, Leistungsverzug 102 ff., 166 ff.

Die Bedeutung der aufschiebenden Einreden des Erben erhellt daraus:

a) daß sie den Beginn oder Lauf der Verjährung zwar nicht hemmen (§ 202 Abs. 2);

b) daß sie dagegen den Erben gegen die Folgen des Verzugs sichern (§ 285);

c) daß durch ihre Geltendmachung eine gerichtliche Belangung sowie eine unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung (§ 780 CPO.) ergehende Verurtheilung des Erben nicht ausgeschlossen wird (§ 305 Abs. 1 CPO.);

d) daß jedoch auf Grund dieser Einreden der Erbe die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der §§ 782, 783, 785 CPO. verlangen kann. Bendix, Privatr. 808. Aus der Ueberschrift „aufschiebende Einreden" ist nicht zu folgern, daß die Einreden anders als nach begonnener Zwangsvollstreckung und zu deren Abwehr geltend gemacht werden können. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 607.

Die Einrede ist materiell-rechtlich, so daß der Erbe durch die Nichtberichtigung nicht in Verzug kommt; die Einrede hemmt nur die Verpflichtung des Erben zur Berichtigung, nicht aber die gerichtliche Inanspruchnahme, Verurtheilung und sichernde Zwangsvollstreckungsmaßregeln. Neumann, N. 2.

Das Recht des Erben, „die Befriedigung der Nachlaßgläubiger" zeitweise zu weigern (in den drei ersten Monaten nach Antritt der Erbschaft bei noch nicht inventarisirtem Nachlaß) und das Recht des Erben, während des im ersten Jahre beantragten Aufgebotsverfahrens „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit" zu weigern, steht dem im § 202 erörterten Rechte zur vorübergehenden „Weigerung der Leistung" nicht gleich und begründet trotz der Ueberschrift „aufschiebende Einreden" keine aufschiebende Einrede gegen die Verurtheilung (CPO. § 305). Die

Vorschriften haben keine andere Kraft, als daß der Erbe die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach § 782 der CPO. verlangen kann, was § 782 dahin ausdrückt, daß er nur dies verlangen könne. Die in den Protokollen der zweiten Kommission ausgesprochene Ansicht, daß der Erbe durch die Bestimmungen gegen die Folgen des Verzugs gesichert werde, findet im Gesetze keine Begründung. Eccius, Gruchots Beitr. **44** 899, wo auch auf die Folgen der entgegengesetzten Annahme hingewiesen wird.

Dagegen nimmt das KG. KGBl. **01** 55, OLG. **2** 388 an, daß der Erbe während der dreimonatigen Frist nicht in Zahlungsverzug gerathe. Vgl. auch KG. OLG. **3** 434 und **3** 131.

2. In den Fällen, in denen das von einem Anderen errichtete Inventar dem Erben zu statten kommt (§§ 2008, 2063, 2144, 2383), endet die Frist des § 2014 nach Goldmann-Lilienthal 370 Anm. 3 schon mit der Errichtung des Inventars durch den Anderen.

3. Der „Dreimonateinwand des Erben" schließt die Aufrechnung aus. Kohler, Buschs **3. 24** 9.

4. Die aufschiebenden Einreden stehen auch dem Naßlaßpfleger, Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker zu. Wendt, A.civPr. **86** 374, Böhm, Gruchots Beitr. **42** 692, Goldmann-Lilienthal 370 Anm. 2, Eccius, Gruchots Beitr. **43** 606 f., Planck, Vorbem. zu § 2014 N. 4, § 2017 N. 1, 3. Singer, Seuff. Bl. **64** 339. Ebenso dem Verwalter im Konkurs über das Gesammtvermögen des Erben. Jaeger, Erbenhaftung 96 und Kommentar zu § 9 KO. Anm. 8.

§ 2015. Hat der im Aufgebotstermine nicht erschienene Erbe gemäß § 952 Abs. 2 CPO. den Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils vor dem Termine gestellt, so kommt Abs. 2 nicht zur Anwendung; dagegen kommt er zur Anwendung, wenn der Erbe im Termin erscheint, aber keinen Antrag stellt. Planck, § 2015 N. 3, Goldmann-Lilienthal 371 Anm. 2 und Goldmann, DJZ. **99** 334 f.

Dritter Titel.

Erbschaftsanspruch.

§ 2018. 1. Die §§ 2018 ff. sind auch auf das Verhältniß der Miterben untereinander anwendbar. RG. JW. **02** Beil. 266; OLG. **5** 231 (KG.). Ueber die Verschiedenheit des Begriffs der Erbschaft im Allgemeinen von dem der Erbschaft als Gegenstand der Erbschaftsklage: Binder 49 f.; vgl. Leonhard, Erbschaftsbesitz 13.

2. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, sucht die grundsätzlichen Verschiedenheiten des Erbschaftsbesitzes nach § 2018 von der römischen possessio pro herede darzustellen und unterzieht die über diese herrschenden Anschauungen einer in mehreren Punkten ablehnenden Kritik.

3. a) Wer die Herausgabe einer schon dem Erblasser geschuldeten Sache oder die Zahlung einer Schuld unter dem Vorgeben, er sei selbst Erbe, verweigert, kann nicht vom Erben mit der Erbschaftsklage belangt werden. Goldmann-Lilienthal 376 Anm. 2, Leonhard, Erbschaftsbesitz 16 f., 110; ebensowenig, wer die Erbschaft als Besitzdiener oder Vertreter fremden Besitzes inne hat. Leonhard a. a. O. 93, 19, Strohal, Erbrecht 157, Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 851 ff., 912 c, d, Goldmann-Lilienthal 375 Anm. 2, Böhm, Erbrecht 223; Endemann III 538, 542.

b) Die Erbschaftsklage geht nicht gegen den Testamentsvollstrecker. Enneccerus-Lehmann 508.

c) Dagegen unterliegt der Vorerbe, der nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft zurückbehält, dem Erbschaftsanspruche. Endemann 539, Neumann N. 1 b.

d) Der Erbschaftsanspruch richtet sich gegen den possessor pro herede (welcher auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat), nicht gegen den possessor pro possessore, auch nicht gegen Testamentsvollstrecker und Nachlaßpfleger, welche Herausgabe der Erbschaft grundlos weigern. Strohal 155 ff., Küntzel 845 ff., 912 c, d, Böhm, Erbrecht 223 f.

4. Der Erbe hat zur Begründung des Erbschaftsanspruchs neben seinem Erbrechte nur zu beweisen, daß der Erbschaftsbesitzer als Erbprätendent etwas aus der Erbschaft erlangt hat; den Erbschaftsbesitzer trifft die Beweislast für die Gegenbehauptung, daß er das Erlangte verloren habe. Strohal 158 f., Böhm 226; vgl. Reatz, Die zweite Lesung des Entw. e. BGB. II 316 f.

§ 2019. Hier wird der Grundsatz dinglicher Surrogation aufgestellt. Daher hat auch im Konkurs über das Vermögen des Erbschaftsbesitzers der Erbe an den kraft Surrogation zu Bestandtheilen der Erbmasse gewordenen Sachen Aussonderungsrecht auf Grund dinglichen Rechtes. Enneccerus-Lehmann 509, Neumann N. 2.

Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach BGB. (79—80): Das auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes Erworbene fällt, ohne daß diese Surrogate einer besonderen Erwähnung im Gesetze bedürfen, soweit sich der Erwerb unmittelbar kraft Gesetzes vollzieht, seiner Natur nach ohnehin dem Erben unmittelbar zu, soweit es durch Vermittelung eines Rechtsgeschäfts des Erbschaftsbesitzers erworben wird, auf Grund des § 2019.

§ 2025. Bei verbotener Eigenmacht haftet der Erbschaftsbesitzer nur, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. Strohal, Erbrecht 160, Bartels, Gruchots Beitr. **42** 675, Goldmann-Lilienthal 379, Neumann, N. 4; a. A. anscheinend Endemann III 551 Anm. 22, vgl. II 361.

§ 2026. Ueber den Beginn der Verjährung des Erbschaftsanspruchs, insbesondere, wenn derselbe von der Ausübung eines dem Erben zustehenden Anfechtungsrechts abhängig ist, vgl. Strohal, Erbrecht 161 f. und Jherings J. **38** 101 Anm. 98, Hellmann, KrVSchr. **39** 245, Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 853 f., Planck, § 200 N. 2, Endemann III 547 Anm. 21.

Die dreißigjährige Verjährung des Erbschaftsanspruchs beginnt in dem Zeitpunkt, in welchem dem wahren Erben ein Erschaftsbesitzer gegenübersteht, auch wenn die Entstehung des Erbschaftsanspruchs von der Ausübung eines dem Erben zustehenden Anfechtungsrechts abhängig ist. Strohal 161 f., Hellmann, a. a. O. 245, Küntzel, a. a. O. 853 f., Planck, § 200 N. 2.

§ 2028. 1. Auch dem Miterben, welcher sich in der häuslichen Gemeinschaft des Erblassers befunden hat, liegen die Pflichten des § 2028 den übrigen Miterben gegenüber ob. Die Pflichten sind vererblich. Böhm, Erbrecht 224, OLG. **2** 187 (Jena).

2. Der Anspruch des Erben oder Miterben auf Offenbarung des Nachlasses gegen die hierzu verpflichteten Personen ist als ein die Erschafts- oder Erbtheilungsklage vorbereitender Anspruch vermögensrechtlicher Natur anzusehen, nicht als ein höchstpersönlicher in dem Sinne, daß er nicht auf die Erben übergehen könnte. OLG. München, DJZ. **01** 144.

3. Abs. 2. Die Mitwirkung des Gerichts bei der Leistung des im § 2028 Abs. 2 bezeichneten Eides gehört nicht wie die Leistung des im § 2006 bezeichneten Offenbarungseids des Erben zu den dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen, sondern ist eine besondere Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie die Stellung der bezüglichen Vorschrift des § 163 FGG. (außerhalb des von Nachlaß- und Theilungssachen handelnden fünften Buches) anzeigt. Die Zuständigkeit bestimmt sich vielmehr nach § 261 BGB.

Erklärt der Eidespflichtige sich bereit, den Eid vor dem Gerichte seines Aufenthaltsorts zu leisten, so wird dieses zur Abnahme allein zuständig. OLG. **2** 190f., (BayrObLG.).

§ 2029. Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung gegenüber Besitzklagen des Erben (§§ 861, 863). Leonhard, Erbschaftsbesitz 122ff. Dritte Erwerber von Erbschaftssachen können gegenüber dem Erben gemäß § 999 für Verwendungen des Erbschaftsbesitzers in demselben Umfang Ersatz verlangen, wie letzterer selbst. Leonhard, a. a. O. 124f.; vgl. Endemann 543 Anm. 36.

Durch § 2029 wird nicht ein selbständiges, von Amtswegen sich geltend machendes Untersuchungsrecht des Gerichts begründet; vielmehr ist die Vorschrift nur anwendbar, wenn der dem Gerichte von den Parteien unterbreitete Thatbestand ergiebt, daß die Voraussetzungen des Erbschaftsanspruchs vorliegen. Neumann N. 1.

§ 2031. Strohal 157f. Der Erbschaftsanspruch des irrthümlich für todt Erklärten oder für todt Gehaltenen geht wie jeder Erbschaftsanspruch nur gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 2018). Die in Folge der Todeserklärung eintretende Rechtslage ist als eine dauernde gedacht, die aber nach Wegfall der Todeserklärung beseitigt werden kann. Eine allgemeine Regelung der Vermögensbeziehungen eines für todt Erklärten, der noch lebt, ist im BGB. nicht erfolgt. Eine solche Person hat einen Gesammtanspruch auf Herausgabe ihres Vermögens nach § 2018 gegenüber einem Erbschaftsbesitzer. Zu ihren Gunsten ist die 30jährige Verjährung dieses Anspruchs bis zum Ablauf eines Jahres nach Kenntniß der Todeserklärung gehemmt.

Vierter Titel.

Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältniß der Erben unter einander.

§§ 2032ff. 1. Das Miterbenverhältniß des BGB. verschafft weder den einzelnen Erben, noch der Gesammthandgemeinschaft als solcher Eigenthum an den einzelnen Nachlaßgegenständen; an diesem Rechtsverhältniß ändert auch nichts die durch die Nachlaßantheilsrechte legitimirte gemeinschaftliche (dingliche) Verfügung der Miterben über einen Nachlaßgegenstand.

2. Für den Anfall von Besitzveränderungsgebühren nach dem Bayerischen Gebührengesetze — Art. 213 (1892), 249 (1899) —, welcher bedingt ist durch den nichtbeurkundeten Erwerb von Eigenthumsbesitz bzw. von Eigenthum an einem Grundstücke, folgt aus den angezogenen Bestimmungen des BGB., daß während der Dauer des Miterbenverhältnisses die Anforderung der bez. Gebühr unzulässig ist. Seuff. Bl. **67** 437.

3. Ist ein Miterbe zugleich Schuldner einer zum Nachlasse gehörigen Forderung, so kann er während der Erbengemeinschaft nur insoweit zur Leistung angehalten werden, als ihre Bewirkung zur Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich ist; andernfalls wäre das Zahlungsbegehren eine unzulässige Chikane (§ 226 BGB.). OLG. **3** 172ff. (Marienwerder).

4. Die Erben können ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft fortführen. Es liegt darin nicht die Begründung einer offenen Handelsgesellschaft

Die Firma kann beibehalten werden. Die Aenderung des Firmeninhabers bedarf der Eintragung und ist von sämmtlichen Erben anzumelden. OLG. **4** 254 (KG.).

Auseinandersetzung bezüglich des den Miterben gehörigen Grundstücks erfordert Auflassung. Vgl. Note zu § 2042.

§ 2033. 1. a) Der Miterbe kann über seinen Antheil am Nachlasse dinglich verfügen, während der Alleinerbe die Erbschaft nur mit obligatorischer Wirkung vergeben kann. Bei Grundstücken ist im ersteren Falle Auflassung nicht erforderlich. OLG. **2** 242 (KG.).

b) Die gerichtlich oder notariell beurkundete Vereinbarung über Ausführung einer Verfügung über den Erbtheil wirkt dinglich als abstrakter dinglicher Vertrag. Außer der Ausführung eines obligatorischen Vertrags über Uebereignung des Erbantheils, der den Erwerber den Nachlaßgläubigern gegenüber so haftbar macht, wie der Erbe es ist, dient die Vereinbarung zur Verwirklichung eines Nießbrauchrechts am Nachlaßantheile (z. B. bei einem Vermächtnisse des Nießbrauchs) und zur Verwirklichung einer Verpfändung. Auch ohne wirksamen Rechtsgrund ist die Vereinbarung dinglich wirksam. Nachlaßgläubigern haftet der Erwerber des Erbtheils im letzten Falle und der Erwerber des Nießbrauchs oder Pfandrechts daran zwar nicht wie der Erbe, aber er muß die Vollstreckung wegen einer Nachlaßschuld in Nachlaßgegenstände sich gefallen lassen. Eccius, Gruchots Beitr. **43** 807 ff.

2. Die nach § 859 Abs. 2 CPO. vollzogene Pfändung des Antheils, den der Schuldner als Miterbe am Nachlasse hat, kann vermöge § 829 Satz 2 CPO. als Verfügungsbeschränkung auf das Blatt eines Nachlaßgrundstücks eingetragen worden. Schweitzer, DJZ. **00** 393.

3. a) Der vor der Auseinandersetzung über seinen Antheil am Nachlasse verfügende Miterbe übereignet durch den im § 2033 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Vertrag seinen Antheil dem Erwerber, ohne daß es noch eines weiteren Uebertragungsakts bedarf. Strohal, Erbrecht 121 f., 163 f., 166, Hellmann, KrVSchr. **39** 245, Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 825 ff., Hachenburg, Vorträge 420, Böhm, Gruchots Beitr. **42** 708, Jaeger, Erbenhaftung 107 f.; a. A. Wendt, A.civPr. **89** 420 ff., bes. 454 ff., welcher in dem erwähnten Vertrage lediglich eine Abtretung des Anspruchs des Miterben auf dasjenige, was ihm bei der Nachlaßtheilung zufallen wird, erblicken will.

b) Bei Verfügung vor der Auseinandersetzung erfolgt die Uebertragung des Erbtheils an den Erwerber lediglich durch den im § 2033 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Vertrag. Strohal 121 f., 163 f., 166, Hellmann 245, Küntzel a. a. O. 825 ff. Ueber das Verhältniß dieses Uebertragungsvertrags zu dem der Uebertragung zu Grunde liegenden Veräußerungsgeschäfte s. Strohal 163 f., Hellmann 245.

c) Nach der Auseinandersetzung kann auch der Miterbe dem Erwerber durch bloßen Vertrag die Erbenstellung nicht mehr verschaffen; vielmehr bedarf es hier wie beim Alleinerben der Uebertragung der einzelnen Erbschaftsgegenstände. Strohal 166 Anm. 3, Küntzel a. a. O. 912 c.

4. a) Mit der Uebertragung seines Antheils am Nachlaß auf einen Anderen wird der Theilerbe von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht befreit. Wendt, A.civPr. **89** 439 ff., 455 ff.

b) Wendt, Verfügungen über Erbschaftsantheile, A.civPr. **89** 420 ff. erstrebt, die rechtlichen Folgen einer Verfügung über Erbschaftsantheile, sei es Veräußerung, sei es Belastung, zu ergründen. Das Gesetzbuch spricht im § 2033 die Zulässigkeit einer solchen Verfügung aus und schreibt eine Form dafür vor. Von der Beobachtung der Form hängt natürlich die Wirksamkeit der Verfügung ab; worin bestehen aber diese Wirkungen? Die herrschende Lehre nimmt auf

Grund der Protokolle eine dingliche Wirkung an und bedient sich solcher Schlagworte, wie einheitliche Uebertragung, einheitliches Recht, einheitlicher Uebergang, Gesammtrechtsnachfolge, freilich oft ohne sich im Einzelnen über die Tragweite solcher Worte auszusprechen. Was kann aber dingliche Wirkung hier bedeuten? Von den Meisten wird wohl Antheil und Erbrecht identifizirt. Die Meinung geht also dahin, daß der Theilerbe durch Veräußerung seines Antheils eben seine Erbeneigenschaft übertrage, daß also der Erwerber an seiner Statt zum Erben werde, wie wenn die Erbschaft ihm angefallen und von ihm erworben sei. Diese Meinung hat nun das schwer wiegende Bedenken gegen sich, daß das Gesetzbuch sonst Verfügungen solcher Art und mit solcher Wirkung über Vermögen und Vermögensantheile überhaupt nicht kennt, weder eine Veräußerung noch eine Belastung mit Nießbrauch oder Pfandrecht, und daß gerade, was Erbschaften angeht, eine Veräußerung des Erbrechts mit Universalsukzession des Erwerbers in keiner Weise zugelassen ist. Verfügungen über Erbschaften und Verfügungen über Erbschaftsantheile würden sich also in sehr auffälliger Weise in ihren Wirkungen unterscheiden. Ein quellenmäßiger Beleg liegt nun aber auch in keiner Weise vor, da sich § 2033, wie gesagt, darauf beschränkt, Zulässigkeit und Form der Verfügungen zu regeln, über die Wirkungen derselben aber überhaupt nicht aussagt. Im Wesen der Antheile liegt aber eine Rechtfertigung ebensowenig. Niemand wird vertheidigen wollen, daß auf Grund von § 747 zu Verfügungen über Eigenthumsantheile weder bei beweglichen Sachen die Uebergabe, noch bei Grundstücken die Eintragung im Grundbuch erforderlich sei. Und doch spricht § 747 nur dasselbe aus, was auch § 2033 enthält: die Zulässigkeit der Verfügung über den Antheil. Die herrschende Lehre beruft sich weiter auf den Wortsinn einer Verfügung, der dingliche Wirkung bedeute. Aber wir sehen diese dingliche Wirkung sonst überall nur auf einzelne Sachen und Gegenstände bezogen und sehen dafür auch noch besondere Voraussetzungen aufgestellt. Die Wendtsche Abhandlung kommt nun ihrerseits zu dem Ergebnisse, daß unter dem Antheil an dem Nachlasse der Anspruch der Theilerben auf dasjenige zu verstehen sei, was ihnen bei der Theilung des Nachlasses zufallen werde. Veräußerung des Antheils ist Abtretung dieses Anspruchs; Verpfändung und Nießbrauchsbestellung haben den gleichen Gegenstand. Die Erwerber gelangen dadurch zu der Rechtsstellung eines „Betheiligten" bei der Auseinandersetzung; vgl. das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 86 Abs. 2. Die Erbeneigenschaft gebührt auch nach der Veräußerung lediglich dem Veräußerer, und ihn trifft noch immer die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten, obwohl von den Gläubigern auch der Erwerber in Anspruch genommen werden kann. Die bisherige Kritik hat sich zu diesen Sätzen zwar noch ablehnend verhalten, aber eine begründete Widerlegung auch nicht zu geben vermocht.

5. Der Miterbe kann auch über einen Bruchtheil seines Antheils am Nachlasse verfügen. Strohal 163, 166; über die Haftung des Erwerbers gegenüber den Nachlaßgläubigern in diesem Falle s. 168.

Ein Miterbe, welchem eine bestimmte Quote am Nachlasse zusteht, kann vor der Theilung für jene Quote ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück nicht belasten. Ebensowenig kann eine Sicherungshypothek auf Grund eines Arrestbefehls auf jene Quote eingetragen werden. KGJ. **20** A 86, DJZ. **00** 186.

Der Antheil eines Miterben an einem zum ungetheilten Nachlasse gehörigen Grundstücke unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung. KG. Seuff. A. **56** 38 u. 22, auch NaumbAKZ. **00** 91.

6. Gehört eine Hypothek sieben Erben, so kann vor getheilter Erbschaft die Uebereignung des Antheils seitens eines Miterben an den zweiten der sieben Erben nicht eingetragen werden. OLG. **1** 302 (KG.).

7. Nur die Gesammtheit der Erben ist Eigenthümerin der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke. Ueberläßt diese Gesammtheit ein Nachlaßgrundstück einem einzelnen Miterben, so wird damit ein Wechsel in der Person des Eigenthümers bewirkt, der sich nur in der Form einer Uebertragung des Eigenthums vollziehen kann. Es ist daher zu einer solchen Ueberlassung die Auflassung nöthig. Salinger, JW. **02** 281.

8. Die Auflassung kann dadurch entbehrlich werden, daß die sämmtlichen Miterben durch gleichartige Verfügungen über ihren Antheil am Nachlasse die ganze Erbschaft auf einen Miterben übertragen, der alsdann schlechthin die Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann.

Der Erbtheilungsvertrag enthält aber nicht ohne Weiteres dergleichen dingliche Verfügungen der Miterben über ihre Erbantheile; er ist an sich nur ein obligatorisches Geschäft. Salinger a. a. O. 282.

§ 2038. Abs. 2. Die Theilung des Reinertrags im Verhältnisse der Antheile erfolgt unter Berücksichtigung der Konferenden, und zwar entscheidet für die Feststellung der Quoten der Werth des Nachlasses zur Zeit der Fruchtvertheilung. Heymann, Jherings J. **42** 459 ff., 480.

Jeder Erbe ist verpflichtet, die in seinem Besitze befindlichen, zur Erbschaft gehörigen Schuldscheine und anderweite Urkunden dem Miterben zur Einsicht vorzulegen. OLG. **2** 134 (Bamberg).

§ 2039. 1. Hier wird aus Zweckmäßigkeitsgründen ein mit dem Wesen der Gemeinschaft zur gesammten Hand im Widerspruche stehendes Individualrecht gegeben. Nur dieses wird geltend gemacht; der Miterbe macht keineswegs den Gesammtanspruch mit Wirkung für und gegen alle Miterben zum Prozeßgegenstande. Hellwig, Anspruch 206.

2. Das Angebot der Leistung zur Begründung des Annahmeverzugs muß an alle Erben geschehen. Rosenberg, Jherings J. **43** 161; der Verzug eines Erben wirkt nicht gegen die übrigen. Rosenberg a. a. O. 174.

3. Böhm 234 giebt dem einzelnen Miterben auch das Recht, Forderungen zu kündigen und Fristen zur Geltendmachung von Anfechtungsrechten nach dem Gesetze vom 21. Juli 1879 zu wahren, auch diese Anfechtungsrechte selbst geltend zu machen, nicht aber sonst Rechtsgeschäfte des Erblassers (z. B. wegen Irrthums) anzufechten.

Mehrere Erben können eine Nachlaßforderung nur gemeinschaftlich kündigen, sofern nicht die Kündigung nach § 2038 zur Erhaltung des Nachlasses nothwendig ist. Ist die Kündigung von den Erben gemeinschaftlich erfolgt, so kann jeder Erbe die Leistung an alle Erben bzw. die Hinterlegung oder Ablieferung an einen Verwahrer verlangen. Thiele, Kündigung insbesondere bei Darlehen, A.civPr. **89** 109.

4. Der Erbe kann nicht gegen seine Miterben eine Nachlaßforderung nach dem Verhältnisse seines Erbtheils einklagen. OLG. **4** 432 (Kiel).

§ 2042. Enneccerus-Lehmann 518. Die Erbauseinandersetzung kann vor der Annahme der Erbschaft seitens aller Miterben erfolgen. Eine Erbtheilungsklage kann auf Herausgabe eines bestimmten Erbtheils nur gerichtet werden, wenn der Nachlaß völlig zur Theilung liquid ist (524). Sonst kann (außer im Falle des § 2048) richterliche Festsetzung der Erbtheile nicht im Klagewege verlangt werden (525).

Das Bestehen einer Nachlaßverwaltung kann ein Hinderniß für die Auseinandersetzung unter den Miterben bilden. OLG. **4** 430 (Kolmar).

Wenn ein Grundstück auf mehrere Personen vererbt ist, so ist Auflassung erforderlich, sobald das Grundstück in Bruchtheile für die einzelnen Miterben zerlegt werden soll; die vom Erblasser gegebene Theilungsanordnung hat keine

dingliche Kraft, sie ist lediglich die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zum Eigenthumswechsel. KGBl. 02 63, OLG. 4 435 (KG.).

§ 2044. Soweit ein Handelsgeschäft zum Nachlasse gehört, bilden die in eingetragener Gemeinschaft befindlichen Miterben nicht ohne Weiteres eine offene Handelsgesellschaft. Heymann, Iherings J. 42 482 ff.

Brettner, R. 00 224 verneint — gegen Planck —, daß die Erben, wenn sie einig, das Theilungsverbot des Erblassers beseitigen können.

§ 2046. 1. Auch nach Theilung des Nachlasses vor Berichtigung der Nachlaßschulden bleibt der eine Weg, die Haftung der Erben auf den Bestand des Nachlasses zu beschränken, der Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses, unverändert gangbar.

Ob die Voraussetzung des Nachlaßkonkurses, Ueberschuldung, gegeben ist und sich somit die Haftung auf den Nachlaß beschränkt, richtet sich nach den Verhältnissen zur Zeit der Zwangsvollstreckung. Im Urtheile kann diese Beschränkung deshalb auch nicht bestimmt zugesprochen, sondern nur das Recht, sie künftig geltend zu machen, vorbehalten werden. OLG. 2 507 ff. (Celle).

2. Die einzelnen Miterben können in gesonderten Prozessen als Gesammtschuldner der Nachlaßverbindlichkeit verklagt werden. Sie sind kostenpflichtig, wenn auch mit Vorbehalt der Haftungsbeschränkung zu verurtheilen.

Wegen der gezahlten oder von ihnen beigetriebenen Nachlaßschuld haben sie Regreß gegen die Miterben oder gegen den Nachlaß, wegen der Kosten des gegen sie als Gesammtschuldner geführten Prozesses haben sie einen solchen Rückgriff regelmäßig nicht. Eccius, Gruchots Beitr. 43 828, 829.

Auch wenn eine Nachlaßverbindlichkeit nur einen Miterben trifft, können die anderen Miterben deren Berichtigung vor der Auseinandersetzung verlangen. Enneccerus-Lehmann 521.

§ 2050. 1. Die Ausgleichung unter den Erben kann nicht als Vorausvermächtniß angesehen und behandelt werden. Sie gilt vielmehr als eine unmittelbar auf Gesetz beruhende Theilungsanordnung, die keine Verminderung des Bruchtheils am Nachlasse (der Erbquote), wohl aber eine Minderung des thatsächlichen, den Erben zufallenden (des Erbquantums) anstrebt. Beyer, Erbenausgleichung 94 ff.; ähnlich Strohal 40 Z. 1. A. M. Schiffner 112 ff. Nach Heymann, Iherings J. 42 472 bewirkt die Ausgleichung eine Veränderung der Erbtheile durch eine konstante Summe.

Der Erblasser kann die Ausgleichungspflicht formlos auch nach der Zuwendung unter Lebenden sowie letztwillig anordnen oder erlassen. Strohal 81 Anm. 1, 2. Böhm 242.

Dagegen meint Schiffner 107, Anm. 27, daß unter Lebenden die Ausgleichung sofort bei der Zuwendung angeordnet werden muß.

2. Abs. 2. Auch diese Zuwendungen sind nur auszugleichen für den Fall, daß der Erblasser nichts Anderes angeordnet hat. Strohal 81; Küntzel a. a. O. 630; a. M. Schiffner 91; auch Bayer a. a. O. 18 ff. führt aus, daß der Erblasser diese Zuwendungen nur letztwillig von der Ausgleichungspflicht ausnehmen könne und daß die Ausschließung bei der Zuwendung nur dann Bedeutung habe, wenn die Zuwendung als Ausstattung im Sinne von § 1624 erachtet werden könne.

3. Abs. 3. Ueber den Begriff der „Zuwendung" äußert sich v. Hafner, JW. 02 495 ff. im Anschluß an ein Urtheil des Reichsgerichts dahin: ein Rechtsgeschäft, das nach Meinung der Parteien den Kontrahenten gleichwerthige Leistungen auferlegt, ist niemals eine Zuwendung. Die Zuwendung muß sich immer als eine uneigennützige Handlung darstellen, wenn auch die Begünstigungs-

absicht nur in Nebenpunkten, wie Langfristigkeit und Unverzinslichkeit, hervorzutreten braucht. Aehnlich führt das OLG. Köln, Puchelts Z. **33** 101 aus, daß die Zuwendung zwar nicht mit dem Begriffe der Schenkung identisch sei, aber dann niemals vorhanden sei, wenn der Empfänger zur Rückgabe des Geleisteten verpflichtet sei. Nach Beyer 42 fallen die Kosten der Doktorpromotion unter diese und nicht in vorhergehenden Absatz. Ebenso beurteilt Meyer, R. **00** 514 die Bezahlung von Spielschulden.

Mahla, Puchelts Z. **30** 681 ff. behandelt die Frage, inwieweit Zuwendungen auszugleichen sind, die ein nach dem 1. Januar 1900 verstorbener Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. machte. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß die Bestimmungen des neuen Rechtes entscheidend sind, weil die Frage eine erbrechtliche ist. Vgl. Habicht 52; Markus, CBlFrG. **1** 557.

§ 2051. Sobald der Erbe des zur Ausgleichung verpflichteten Abkömmlinges nur einen Theil von dessen Erbschaft erhalten hat, ist er auch nur verpflichtet, die Zuwendungen zu dem entsprechenden Bruchtheil auszugleichen. Hachenburg 365.

§ 2053. Diese Bestimmung ist unanwendbar, wenn der Erblasser bei der Zuwendung irriger Weise angenommen hat, daß der zu begünstigende Abkömmling der nächste sei. Strohal 82; Schiffner 102.

§ 2055. Der Erblasser ist berechtigt, den Werth anzugeben, zu dem die ausgleichende Zuwendung auf den Erbtheil des Empfängers anzurechnen ist, nur dürfen Pflichttheilsansprüche hierdurch nicht verletzt werden. Böhm 242 ff.; Schiffner 110 Anm. 3.

§ 2056. Bei der Berechnung der Erbtheile werden zunächst auch diejenigen Erben berücksichtigt, deren Kollationspflicht übermäßig ist; erst wenn so die Erbtheile der anderen Erben ermittelt sind, bleiben die mit Konferenden überlasteten Erbtheile bei der Vertheilung außer Betracht. Enneccerus-Lehmann 532; vgl. ferner zur Auslegung Zimmer, SächsA. **6** 578 ff.; Strohal 85; Küntzel a. a. O. 615 ff.; Hellmann a. a. O. 231 ff.; Schiffner 112; Dorst, DNotVZ. **99** 297 u. 308.

Beyer, Erbenausgleichung 62 ff. führt aus, daß zunächst das Erbquantum desjenigen zu berechnen sei, welcher nicht die absolute, sondern die relativ größte Zuwendung erhalten hat, und danach erst zu prüfen sei, ob § 2056 zutreffe.

§ 2057. Nach Meyer, R. **00** 247 braucht der Miterbe über den Werth der empfangenen Sachen und über solche Sachen, die nicht zu konferiren sind, überhaupt keine Auskunft zu geben. Andererseits vertritt er die Ansicht, daß § 2057 nicht den Nachweis verlange, daß irgend eine zu konferirende Sache vorhanden sei.

Beyer 49 ff. verficht dagegen (auch gegen Planck, zu § 2057 Nr. 1 und 3) die Meinung: Der Miterbe brauche nicht darüber Auskunft zu ertheilen, ob er ausgleichungspflichtige Zuwendungen erhalten hat; auch könne von ihm nicht schlechthin die Vorlage eines Verzeichnisses aller auszugleichenden Zuwendungen, sondern nur derjenigen gefordert werden, die aus einem Inbegriffe von Gegenständen bestanden hatten. Er ist weiter der Ansicht, daß die Auskunftspflicht nur gegenüber allen Miterben als gemeinschaftlich Berechtigten bestehe, will aber immerhin den einzelnen Miterben aus § 432 die Auskunft mit der Wirkung fordern lassen, daß das ergehende Urtheil zu Gunsten — aber nicht zum Nachtheile — der am Prozesse nicht betheiligten Miterben wirke, so daß sogar ein jeder von ihnen aus dem Urtheile die Zwangsvollstreckung betreiben könne. — Auch der Testamentsvollstrecker kann die Auskunft verlangen. Marcus, SächsA. **8** 63.

II. Rechtsverhältniß zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§§ 2058 ff. Im Gegensatze zu dem Einzelerben beschränkt sich die Haftung des Miterben, welcher das Recht der Beschränkbarkeit nicht verloren hat, ohne Weiteres bis zur Theilung des Nachlasses auf seinen Antheil am Nachlasse. Weder wird Herbeiführung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung verlangt; ebensowenig gilt § 1990. Zu unterscheiden ist ferner bei dem richtigen Verständnisse der §§ 2058 ff. die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß und die Theilung der im Prinzipe gesammtschuldnerischen Haftung. Der Unterschied tritt besonders prozessual hervor: die Beschränkung der Haftung ist im Urtheil ohne Weiteres vorzubehalten, sofern nicht einer der den Verlust der Beschränkbarkeit begründenden Thatbestände behauptet und für den Fall des Bestreitens bewiesen ist; die Beschränkung selbst ist erst in der Zwangsvollstreckung geltend zu machen, dagegen gehört die Geltendmachung der Theilung der Haftung als eine den Anspruch selbst betreffende Einwendung in den Hauptprozeß und untersteht dem § 767 CPO. Neumann Handausg. 508/509.

Verbindlichkeiten, die aus der Fortführung eines vom Erblasser überkommenen Handelsgeschäfts erwachsen, sind keine Nachlaßschulden. Für solche sind die Miterben schlechthin unbeschränkt als Gesammtschuldner haftbar. Enneccerus-Lehmann 542. Bei der Anfechtung aus § 40 Abs. 1 KO. und § 11 Abs. 1 AnfGes. finden dagegen die §§ 2058 ff. Anwendung. Meyer, Seuff. Bl. 65 297.

§ 2059 (s. auch o. zu § 2046). Ueber die Frage, zu welchem Zeitpunkte die Theilung des Nachlasses geschehen sei, vgl. Strohal, Erbrecht 151; Küntzel, Gruchots Beitr. 41 842; Hachenburg 410; Böhm, Gruchots Beitr. 42 699 Anm. 40. Darüber, wie das nach § 2059 gegen den Erben ergehende Urtheil zu lauten habe, vgl. Böhm, Gruchots Beitr. 42 698 Anm. 39.

Auch während der Dauer der Erbgemeinschaft können die Nachlaßgläubiger gegen den einzelnen Erben klagen, aus dem Urtheil ist aber nur die Vollstreckung in den Erbtheil des verklagten Erben in der Weise zulässig, daß der Gläubiger die Auseinandersetzung verlangen und bei dieser sich befriedigen kann. Eine Veräußerung des Antheils müßte erst vom Gericht angeordnet werden. Enneccerus-Lehmann 535.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 gilt auch für diejenigen Miterben, die für alle Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haften. Strohal 148; Hellmann a. a. O. 242.

Abs. 2. Soll in Gegenstände des ungetheilten Nachlasses vollstreckt werden, so sind vollstreckbare Titel wegen der ganzen Forderung gegen alle Miterben nöthig, mehr ist nicht erforderlich. Eccius, Gruchots Beitr. 43 812, 814.

§ 2060. Ist der Nachlaß getheilt, so haftet der Miterbe, abgesehen von den Fällen der §§ 2060, 2061, als Gesammtschuldner und kann sich auf die beschränkte Haftung nur berufen, wenn er im Stande ist, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen oder von den Rechten aus §§ 1990 ff. Gebrauch zu machen; die Nachlaßverwaltung ist ihm verwehrt (§ 2062) Denkschrift 267.

Die Theilung der Haftung gilt auch gegenüber denjenigen Nachlaßgläubigern, denen die Miterben unbeschränkt haften. Strohal 149 f.; Bingner, SächsA. 5 611 f.; Wendt, A.cioPr. 86 425 f.

Streitig ist, ob der Miterbe schon vor der Nachlaßtheilung der Klage des Nachlaßgläubigers auf die ganze Forderung den Einwand entgegensetzen könne, daß er nur antheilmäßig hafte. Bejaht wird es von Hachenburg 416; verneint von Jaeger 27 Anm. 25; vgl. Strohal 152.

Nach Rosenberg, Beweislast 149 hat im Streitfalle der Erbe zu beweisen, daß er nur antheilmäßig hafte.

Unter Erbtheil ist hier das gemeint, was der Miterbe thatsächlich aus dem Nachlaß erhalten hat. Beyer, Erbenausgleichung 98 f.

Nr. 1, 2. In diesen Fällen ist auch dann die Haftung getheilt, wenn den Miterben die fraglichen Forderungen noch vor der Nachlaßtheilung bekannt geworden sind.

Nr. 2, 3. Diese Vorschriften gelten nach einigen (Strohal 151; Böhm, Gruchots Beitr. **42** 700 Anm. 41, 707) auch dann, wenn ihre Voraussetzungen erst nach der Nachlaßtheilung eintreten, insbesondere der Nachlaßkonkurs erst dann eröffnet wird. Andere sprechen sich gegen diese Auslegung aus. Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 841 f.; Jaeger, Erbenhaftung 26 Anm. 18, 27 Anm. 24; Fischer-Henle, zu § 2060 Note 3; vgl. Hellmann, KrVSchr. **39** 243.

Nr. 2. Bestritten ist, ob der Nachlaßgläubiger sich die gesammtschuldnerische Haftung der Miterben auch in diesen Fällen durch Anmeldung seiner Forderung gemäß § 2061 erhält, bejaht wird es von Strohal 150 Anm. 6, Böhm, Gruchots Beitr. **42** 700 Anm. 41; verneint von Jaeger, Erbenhaftung 27 Anm. 21.

Nr. 3. Jaeger 27 läßt diese Fälle nur gelten, wenn der Konkurs einen Ueberschuß für die Miterben ergeben hat, weil sonst überhaupt keine Nachlaßtheilung denkbar sei.

§ 2061. Auch der unbeschränkt haftende Miterbe darf die öffentliche Aufforderung mit voller Wirkung erlassen. Strohal 150; Bingner, SächsA. **5** 612.

§ 2062. Die Nachlaßverwaltung ist nach der Nachlaßtheilung für die Miterben, nicht aber für die Nachlaßgläubiger ausgeschlossen. Hachenburg 380; Wendt, A.civPr. **86** 423; a. A. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 694; Jaeger 23 f.

Den Nachlaßkonkurs kann jeder einzelne Miterbe vor und auch nach Theilung des Nachlasses beantragen. Wendt, A.civPr. **86** 424 f.; Strohal 151, 153. Eine Konkurseröffnung nach der Theilung kann zwar nicht mehr die antheilsweise Haftung, wohl aber die beschränkte Haftung begründen. Enneccerus-Lehmann 540.

Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und die Einrede aus §§ 1990 ff. sind auch nach der Theilung zuzulassen. Jaeger 24.

Eine Nachlaßverwaltung über einen einzelnen Erbtheil giebt es nicht. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 694.

§ 2063. Sind Miterben zugleich Nachlaßgläubiger, so können sie bis zur Nachlaßtheilung nicht auf Leistung gegen die anderen Miterben klagen, sondern nur Klage auf Feststellung ihrer Nachlaßforderung zur Berücksichtigung bei der Auseinandersetzung erheben. Böhm, Gruchots Beitr. **42** 708 f. und Erbrecht 248; ähnlich früher Entsch. d. Pr. ObTrib. **35** 404; Strieth. A. **81** 60.

Ein ordnungswidriges Inventar des einen Miterben nützt den anderen nicht. Jaeger 23 Anm. 2.

Dritter Abschnitt.

Testament.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

§ 2066. 1. Bei der Auslegung von Testamenten ist davon auszugehen, daß der Erblasser bei Erklärung seines letzten Willens die zur Zeit der Abgabe der Erklärung bestehenden gesetzlichen Vorschriften berücksichtigt hat. KGJ. **22** A 401, OLG. 3 116; **RG.** JW. **01** 645, R. **01** 381.

2. Nicht einschränken sollen die gesetzlichen Auslegungsregeln den erkennenden Richter, sondern zur Hülfe sollen sie ihm kommen in Fällen, wo es zweifelhaft bleibt und nicht mit Sicherheit festzustellen ist, welches der wirkliche Wille des Erklärenden gewesen ist. Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht IV § 254 Abs. 2; Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 122 Ziff. 1 und 2; Urtheile des **RG.** JW. **01** 397 Nr. 37 bzw. 711 Nr. 36. Das in der gesetzlichen Auslegungsregel im Allgemeinen aufgestellte Ergebniß der Auslegung kommt daher erst in Betracht, falls ein anderer Wille des Erklärenden in gehöriger Weise nicht festzustellen ist. **RG.** JW. **00** 81 Nr. 25.

3. Die Heranziehung außerhalb des Testaments liegender Umstände zur Auslegung des Testaments ist nur bei Zweideutigkeit der Erklärung zulässig. **RG.** JW. **00** 860 Nr. 21.

Der Wille eines Testamentsstifters muß, um überhaupt rechtswirksam zu sein, in dem Testamente selbst, also auch in der dafür bestimmten Form, seinen Ausdruck gefunden haben. Ohne Weiteres unzulässig ist demnach, diesen Willensinhalt lediglich aus solchen Umständen zu folgern, welche außerhalb der testamentarischen Beurkundung liegen. Die zur Erforschung des wirklichen Testamentswillens anzuwendenden, außerhalb des Testaments sich darbietenden Mittel können daher immer nur den Zweck haben, einer richtigen Auslegung der in dem Testamente selbst beurkundeten Erklärungen zu dienen. Ist der Wille, welchen der Erblasser nach der unter Beweis gestellten Behauptung einer Partei zu einer anderen Zeit und bei einer anderen Gelegenheit hinsichtlich seiner Beerbung geäußert haben soll, mit der Testamentserklärung selbst unvereinbar, dergestalt, daß er in der letzteren garnicht gefunden werden kann, so kann es auch nicht die Aufgabe des diese Testamentsvollstreckung auslegenden Prozeßrichters sein, einen in dieser Richtung angebotenen Beweis überhaupt zu erheben. **RG.** JW. **02** 403 Nr. 53.

4. Ueber den Unterschied zwischen der Beerbung durch die „gesetzlichen Erben" und der Beerbung durch die „als gesetzliche Erben eingesetzten Erben" vgl. Wolff, Iherings J. **44** 338 Anm. 15.

§ 2072. Diese Bestimmung entspricht der Auslegung, die schon nach früherem Rechte in gleichem Falle zur Anwendung gebracht wurde. **RG. 19** 257.

§ 2074. Für befristete letztwillige Zuwendungen gilt die Auslegungsregel nicht. Eccius, Gruchots Beitr. **42** 531; Eichhorn, Testament 13; a. A. Böhm, Erbrecht 82.

§§ 2074 ff. Ueber die Zufügung von Bedingungen und Befristungen zu letztwilligen Verfügungen s. Strohal (1) 26 f.; Böhm 20 ff. Insbesondere über unmögliche, unerlaubte Bedingungen und die privatorische Klausel s. Böhm 22 ff.; Strohal 26 Anm. 3.

§ 2078. Hat der Erblasser eine im Irrthum errichtete und deshalb anfechtbare letztwillige Verfügung nach Kenntniß des Anfechtungsgrundes bestehen lassen, so soll nach Böhm 30 Anm. 1 die Anfechtung ausgeschlossen sein; vgl. jedoch Reatz, Die zweite Lesung d. Entw. e. BGB. f. d. Deutsche Reich II 348.

§ 2079. § 2079 findet auch Anwendung, wenn dem Erblasser die rechtliche Qualität des übergangenen Pflichttheilsberechtigten als solchen bei der Testamentserrichtung nicht bekannt war. Schiffner, Pflichttheil 5 Anm. 14.

Von einem Uebergehen kann begrifflich nur die Rede sein, wenn dem Betreffenden in der letztwilligen Verfügung des Erblassers keinerlei Zuwendung gemacht worden ist. Eine gemachte Zuwendung ist aber nicht deshalb bedeutungslos, weil sie nicht mit Beziehung auf das Pflichttheilsverhältniß erfolgt ist. **RG. 50** 238, DJZ. **02** 249, JW. **02** Beil. 215.

§ 2080. Wird eine letztwillige Verfügung erfolgreich angefochten, so wird der Anfall an den durch die Verfügung Bedachten rückgängig; Erbschaft oder Vermächtniß gilt dem Anfechtenden als mit Eintritt des Erbfalls zugefallen. Böhm 32.

An Stelle eines Erbunwürdigen ist derjenige anfechtungsberechtigt, welchem der Wegfall des Erbunwürdigen zu Statten kommen würde. Küntzel Gruchots Beitr. **41** 824 f.; Hellmann 238 f. A. A. Strohal 114 f.

§ 2081. Durch die gemäß § 2081 Abs. 1 dem Nachlaßgerichte gegenüber abgegebene Anfechtungserklärung wird das Testament und der auf Grund desselben ausgestellte Erbschein noch nicht unrichtig. Vielmehr bleibt die anfechtbare letztwillige Verfügung in voller Wirkung, wenn die Anfechtung nicht in gesetzlicher Form und Frist (§ 2082) vollzogen wird. Erst der Vollzug der Anfechtung bewirkt Nichtigkeit der Verfügung von Anfang an. LG. Posen, PosMschr. **00** 171.

§ 2082. Ueber den Beweis der Rechtzeitigkeit der Anfechtung s. die Entscheidungen des **RG.** o. Ziff. 3 zu § 121.

§ 2084. Letztwillige Verfügungen sind in ihrer rechtlichen Bedeutung nach dem zur Zeit des Todes des Erblassers geltenden Rechte zu beurtheilen. Dagegen ist grundsätzlich zu unterstellen, daß die Art und Weise, wie ein Verfügender sich ausdrückt, übereinstimmt mit dem zur Zeit der Verfügung geltenden allgemeinen Sprachgebrauche sowie mit den Anschauungen und Gewohnheiten seiner zeitlichen und örtlichen Umgebung auch bezüglich der Rechtssprache bei den Rechtsgeschäften. OLG. **3** 257 f. (KG.); vgl. auch OLG. **5** 343 (KG.)

Aehnlich Danz, Auslegung 203: Bei letztwilligen Verfügungen sind die Worte stets nach dem Sinne auszulegen, in dem sie der Testator regelmäßig zu gebrauchen pflegte, nicht nach dem Sinne, den ihnen die allgemeine Verkehrssitte giebt.

Zweiter Titel.

Erbeinsetzung.

§ 2087. 1. Abs. 1. Erbe ist derjenige, dem der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchtheil desselben, bzw. der, dem er den Inbegriff seines Nachlasses zugewendet hat, Vermächtnißnehmer derjenige, dem einzelne Gegenstände, Sachen oder Summen zugewendet sind (§§ 2087 Abs. 2, 1939). Dabei ist die für die Zuwendung gewählte Bezeichnung gleichgültig, maßgebend vielmehr nur der Inhalt der Zuwendung. Deshalb enthält auch die Zuwendung einer „Summe" eine Erbeinsetzung, wenn die Summe als ein qualitativer Theil des ganzen Nachlasses zu ermitteln ist. OLG. **3** 115 f. (KG.)

2. Der mit einer Quote des Nachlaßreinertrags Bedachte ist im Zweifel Vermächtnißnehmer (Partitionslegat). Böhm 57.

3. Abs. 2. Soweit im Testamente die Anordnung getroffen ist, daß einzelne bestimmte Vermögensstücke an bestimmte Erben anfallen sollen, so ist darin keine Erbeinsetzung, sondern ein Vermächtniß enthalten. OLG. **2** 233 f. (KG.).

Die Bestimmung im Abs. 2 schließt aber nicht aus, daß in dem Falle, wo der Erblasser in dem Bewußtsein, sein ganzes Vermögen zu vertheilen, nur Zuwendungen einzelner Stücke ausspricht, die damit Bedachten die Eigenschaft von Erben haben. OLG. **3** 381 (KG.); Hachenburg, Vorträge 358.

Enthält der letzte Wille nur Vermächtnisse, so geht das Erbrecht auf die Gesammtheit der gesetzlichen Erben über. OLG. **2** 468 (KG.)

4. Die Zuwendung des Pflichttheils kann ungeachtet des Gebrauchs des Wortes „Erbe" von dem Erblasser in dem Sinne gemeint sein, daß der Pflichttheilsberechtigte den Geldbetrag erhalten soll, der den Pflichttheil bildet. Die

Entscheidung hierüber muß nach dem gesammten Inhalte der Verfügung von Todeswegen geschehen. OLG. 3 510. (BayrObLG.)

§ 2088. Im Falle des Abs. 1 kann der testamentarisch berufene Erbe sein gesetzliches Erbrecht nicht noch neben dem testamentarischen geltend machen. Denn die Einsetzung des Erben auf einen bestimmten Bruchtheil des Nachlasses läßt deutlich erkennen, daß ihm nur dieser Theil nach dem Willen des Erblassers zufallen soll. OLG. 2 114 f. (Cöln).

§ 2091. Die Regel der Kopftheilung kommt nur dann zur Anwendung, wenn sich aus der gesammten Verfügung ein bestimmter Wille des Erblassers hinsichtlich des Maßstabs der Erbeinsetzung nicht entnehmen läßt. OLG. 5 343 (KG.).

§ 2095. § 2095 ist zur Anwendung zu bringen sowohl wenn der zuwachsende, als auch wenn der ursprüngliche Erbtheil mit einer Ausgleichungspflicht belastet ist. Strohal 82; Hellmann 229 f.; Künzel a. a. O. 809; Schiffner 100.

Dritter Titel.

Einsetzung eines Nacherben.

§ 2100. 1. Den fideikommissarischen Substituten nennt das Bürgerliche Gesetzbuch Nacherben, den Fiduziar Vorerben. Von Substitution wird absichtlich nicht gesprochen, weil dadurch der Charakter des Verhältnisses verwischt wird. Salinger, Nacherbfolge, A.bürgR. 19 138.

Der Nacherbe ist nicht bloß Vermächtnißnehmer, sondern wirklicher Erbe, der mit Beendigung der Vorerbschaft die Erbschaft unmittelbar erwirbt und nicht bloß einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe derselben hat. Salinger a. a. O. 139.

2. In der gemeinrechtlichen Regel „Semel heres, semper heres" steckt noch ein Rest der ursprünglichen Unzulässigkeit von Endterminen und Resolutivbedingungen, wie sie das altcivile römische Recht allgemein statuirte. Der Erblasser konnte eine mehrfache Universalsukzession in sein Vermögen nicht durch zweite und öftere Erbeinsetzung, sondern nur durch das Mittel des Vermächtnisses herbeiführen (Universalfideikommiß). Der Nachberufene war stets Vermächtnißnehmer, sein Recht abgeleitet und abhängig von dem des Vorberufenen.

Die Nacherbschaft des BGB. wird dagegen von den Grundsätzen über auflösende Bedingungen beherrscht. — Das Recht des Vorerben ist auflösend bedingt oder befristet. Mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins endigt (vgl. § 158 Abs. 2) „die Wirkung des Rechtsgeschäfts", d. h. der Erbeinsetzung; „mit diesem Zeitpunkte tritt der frühere Rechtszustand wieder ein", das bedeutet hier: es wird ipso iure Platz für einen neuen Erben. Dieser erwirbt die Stellung eines solchen ohne Zuthun des Vorerben, aus eigenem Rechte, „ex pacto et providentia" des Erblassers. Mielke, Universalfideikommiß u. Nacherbschaft.

Vgl. Best, HessRspr. 2 78: Die Behandlung von Verfügungen von Todeswegen, durch die einem überlebenden Ehegatten neben dem Nießbrauche das Recht zur Verwaltung und Veräußerung des Nachlasses zugewendet worden ist.

3. Im Falle der Nacherbfolge haftet nach § 40 Abs. 1 KO., § 11 Abs. 1 AnfGes. bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge der Vorerbe, von da ab der Nacherbe. Meyer, Seuff. Bl. 65 297.

4. Ueber die Rechtskraftwirkung des Vorerbenurtheils auf den Nacherben (CPO. § 326) handelt Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 342 ff.

§ 2101. 1. Auch wer nicht ausdrücklich als Nacherbe bezeichnet ist, kann als solcher gelten. Man spricht in solchen Fällen von konstruktiver Nacherbfolge im Gegensatze zu den Fällen der gewillkürten, wo die Berufung als Nacherbe auf dem ausgesprochenen Willen des Erblassers beruht. Salinger 139 und die Note 3b daselbst vermerkte Literatur.

Einen Fall der konstruktiven Nacherbfolge bildet die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person, die mit Rücksicht auf § 1923 unmittelbarer Erbe nicht sein kann. Es wird so die Einsetzung einer künftigen, zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Deszendenz ermöglicht. Der Standpunkt ist abweichend von dem des Allgem. Landrechts, wo eine künftige Deszendenz eingesetzt werden konnte, ohne daß eine fideikommissarische Substitution in Frage zu ziehen war. Salinger 140 Note 7.

Die Aufrechterhaltung einer solchen Erbeinsetzung als Nacherbfolge findet auch dann statt, wenn der Erblasser an eine solche nicht dachte, sondern meinte, der Eingesetzte könne unmittelbar Erbe werden. Planck, Note 1 zu § 2101.

2. Abs. 1 Satz 2 betrifft einen Fall der sogenannten Konversion; es kann danach die Einsetzung eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht Erzeugten zum Erben auch dann als Nacherbeneinsetzung behandelt werden, wenn der Erblasser zunächst der Meinung war, der Eingesetzte solle Erbe, nicht Nacherbe werden. Strohal 32; Böhm 42 Anm. 2; Bericht der Reichstagskommission zum Erbrecht 15; vgl. Hachenburg, Studien zum Erbrecht 12.

§ 2102. Da die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel noch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält, so wird der Nacherbe auch Erbe, wenn der Vorerbe vor dem Erbfalle stirbt oder in Folge Ausschlagung der Erbschaft oder Erbunwürdigkeit als vor dem Erbfalle weggefallen gilt. Der Nacherbe muß, wenn er als Ersatzerbe zur Erbschaft gelangt, dann aber schon zur Zeit des Erbfalls leben oder erzeugt sein, so daß im Falle des § 2101 Abs. 1 diese Ersatzerbeinsetzung nicht wird in Frage kommen können. Planck, Note 3 zu § 2102; Frommhold, Note 1 dazu; Salinger 150.

Der Nacherbe tritt als Ersatzerbe nicht nur dann ein, wenn ihm die Nacherbschaft mit dem Tode des Vorerben anfallen sollte, sondern auch dann, wenn der Eintritt auf einen anderen Termin oder ein anderes Ereigniß gestellt war. Salinger 150.

§§ 2103—2105. 1. Aus der Vorschrift, daß eine Nacherbeinsetzung angenommen werden soll, wenn der Erbe die Erbschaft mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder Zeitpunkts einem Anderen herausgeben oder aber erhalten soll, ergiebt sich, daß auch die bedingte und befristete Erbeinsetzung unter Umständen unter den Begriff der (konstruktiven) Nacherbfolge fällt. Endemann III 167; Hachenburg, Studien zum Erbrecht 9; Strohal 31; Salinger 142.

2. a) Sind Vor- oder Nacherbe im Testament oder Erbvertrage nicht besonders bezeichnet, so sind Vorerben die gesetzlichen Erben zur Zeit des Erbfalls, Nacherben die gesetzlichen Erben zur Zeit des Falles (Eintritts) der Nacherbfolge. Den unbekannten Nacherben ist eventuell ein Pfleger zu bestellen.

b) Kommt eine Nacherbeinsetzung nur bei einem von mehreren Erben in Frage, so sind präsumtiv nicht die gesetzlichen Erben, sondern die anderen Miterben die Vor- bzw. Nacherben. Das gilt auch bei Einsetzung einer zukünftigen Deszendenz, sobald einer der Deszendenten bekannt ist oder wird. Salinger 140 Note 7, 142 Note 13; Planck, Note 4 zu § 2104, Note 1 zu § 2102; Hachenburg 11; Strohal 90 f., 95.

3. Die Vorschrift (§ 2103), nach welcher der Anwärter nicht nur einen obligatorischen Anspruch auf Ausfolgung der Erbschaft, sondern ein unmittelbar wirkendes Anfallrecht haben soll, ist nach Hachenburg 8 nur dispositiv.

4. Bezieht sich (§ 2104) die Befristung oder Bedingung nur auf die Einsetzung eines von mehreren Erben, so können die übrigen Eingesetzten als stillschweigend berufene Nacherben an Stelle der gesetzlichen Erben anzusehen sein. Leske 1163; Frommhold, Anm. 2 zu § 2104. A. M. Strohal 90 f. u. 95 Anm. 1, Planck V 277 Anm. 4, welche hier einen Fall der Anwachsung als vorliegend ansehen.

§ 2106. 1. a) Daß mangels besonderer Bestimmung der Tod des Vorerben den Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge bildet, ist keine Willensauslegung, sondern unmittelbare gesetzliche Regel. Salinger 145 Note 20.

Soll die Nacherbfolge mit einem anderen Zeitpunkt oder Ereigniß, als dem Tode des Vorerben, eintreten, so hat es dabei sein Bewenden, auch wenn der Vorerbe vor dem Eintritte des bezeichneten Termins oder Ereignisses stirbt. Bis zu dessen Eintritte behalten je nach dem Willen des Erblassers die Erben des Vorerben oder die anderen Miterben die Erbschaft. Salinger 144.

Günstiger steht der solchergestalt eingesetzte Nacherbe, wenn der Vorerbe vor dem Erbfalle stirbt oder nach dem Erbfalle durch Ausschlagung der Erbschaft oder Erbunwürdigkeit wegfällt. Hier erwirbt der Nacherbe als Ersatzerbe im Zweifel sofort die Erbschaft. Salinger 145 Note 19a.

b) Soll nach dem Willen des Erblassers eine beigefügte aufschiebende Bedingung auch für die Ersatzberufung gelten, so erhalten bis zum Eintritte der Bedingung die gesetzlichen Erben oder die Miterben die Erbschaft. Es stellt sich solchen Falles die Ersatzerbeinsetzung auch wieder als Fall der Nacherbeinsetzung dar. Planck, Note 1 zu § 2102; Frommhold, Note 2 zu § 2102; Salinger 150 Note 37.

c) Die Vorschrift des § 2106 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn eine noch nicht erzeugte Person ausdrücklich als Nacherbe eingesetzt ist. Salinger 146 Note 22.

2. Ueber den Besitzerwerb des Nacherben: Binder 60 gegen Strohal, Sachbesitz 104, Biermann (2) Note 4 zu § 857: Aller Besitz an Erbschaftssachen geht nur insoweit über, als die thatsächliche Gewalt des Vorerben nicht vorhanden ist.

§ 2107. Die Vorschrift des § 2107 bezieht sich nur auf den Fall, wo die Nacherbfolge mit dem Tode des als Vorerben eingesetzten Abkömmlinges eintreten soll. Planck, Note 1 zu § 2107; Frommhold, Note 2.

Ob der als Vorerbe eingesetzte Abkömmling vor oder nach dem Erbfalle mit Hinterlassung von Nachkommen stirbt, ist gleich. In beiden Fällen entfällt die Nacherbfolge. Salinger 149 Note 34a.

Nachkommen, die vor dem Tode des als Vorerbe eingesetzten Abkömmlings wieder verstorben sind, kommen nicht in Betracht. Planck, Note 2 zu § 2107; Salinger 150 Note 35a.

Der Nacherbe ist im Falle des § 2107 nicht als bedingt eingesetzt zu erachten, so daß er auch den Zeitpunkt, wo der Vorerbe ohne Nachkommenschaft verstirbt, nicht zu erleben braucht. Er transmittirt vielmehr im Falle kinderlosen Versterbens der Vorerben sein Erbrecht auf seine Erben, wenn er vor dem Vorerben — aber nach dem Erbfalle — verstirbt. Strohal 36; Planck, Note 4 zu § 2107; Salinger 150 Note 35.

§ 2108. Weil der Nacherbe schon mit dem Tode des Erblassers (Erbfall) eine vererbliche Anwartschaft auf die Erbschaft erlangt, so kommt es in der Regel nicht darauf an, daß er den Eintritt der Nacherbfolge erlebt. Salinger 146.

Der aufschiebend bedingt eingesetzte Nacherbe muß nicht nur den Erbfall, sondern auch den Eintritt der Bedingung erleben, nicht aber der befristet eingesetzte Nacherbe auch den Eintritt des Termins. Hachenburg 15 f.; Salinger 147 Note 26.

Vollzieht sich bei Einsetzung einer noch nicht erzeugten Person der Anfall der Nacherbschaft nicht schon mit der Geburt, so tritt mit dieser die Anwartschaft auf die Nacherbfolge ein. Salinger 148.

§ 2109. 1. Eine Nacherbeinsetzung, deren Eintritt von vornherein auf mehr als 30 Jahre hinausgesetzt ist, ist ohne Weiteres unwirksam. Hachenburg 30.

2. Ist eine mehrmalige Nacherbeinsetzung angeordnet, so verlieren nur diejenigen, die später als 30 Jahre nach dem Erbfall eintreten, ihre Wirksamkeit. Salinger 153 Note 45; Endemann III 170.

3. Es fehlt ein sachlicher Grund dafür, daß lediglich ein in der Person des Vor- oder Nacherben bestimmtes, nicht aber auch ein sonstiges Ereigniß im § 2109 Abs. 1 Nr. 1 zur Voraussetzung gemacht ist. Die Praxis muß nach dem Wortlaute den weitesten Spielraum haben. Planck, Note 3a zu § 2109; Salinger 154 Note 46; Strohal 33 Note 5.

4. Dem Leben desjenigen, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, steht das Erzeugtsein gleich. Salinger 154 Note 47; Planck, Note 3a zu § 2109.

5. Der Zustand der Gebundenheit wird auch in den Ausnahmefällen des § 2109 Nr. 1 und 2 ein Menschenleben nicht überdauern können. Endemann III Note 15 zu § 39; Hachenburg 30 ff.; Salinger 154; Strohal 34.

6. Daß die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam wird, ist zwingendes Recht. Müller, Seuff. Bl. **66** 23.

§ 2110. Als Erbtheil, der dem Vorerben in Folge des Wegfalls eines Miterben anfällt, kommt nicht nur die durch die Anwachsung, sondern auch die durch Ersatzberufung erfolgte Erweiterung in Betracht. Salinger 192; Strohal, Iherings J. **30** 178.

§ 2111. 1. Abs. 1. Ueber den Beweis der Kenntniß des Schuldners siehe zu § 1473.

Was der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erworben hat, gehört zur Erbschaft, auch wenn der Vorerbe es für diese nicht ausdrücklich erworben hat (anders § 1381). Planck, N. 2 zu § 2111, Salinger 193 N. 160.

2. Abs. 2. Angesichts der strikten Vorschrift des § 2111 Abs. 2 hat der Vorerbe, wenn er mit der Einverleibung von Inventarienstücken das Inventar verbessert hat, nicht das ihm durch § 2125 Abs. 2 sonst eingeräumte Recht zur Wegnahme, sondern nur Vergütungsansprüche. Salinger 193 N. 161, Wilcke, N. 6 zu § 2111, Planck, N. 4 dazu.

§ 2112. 1. Der Vorerbe kann, von Freigebigkeiten abgesehen, über bewegliche Stücke des Nachlasses frei verfügen. Er kann, soweit es sich nicht um Hypotheken, Grund- und Rentenschulden handelt, auch alle zum Nachlasse gehörigen Forderungen kündigen und einziehen, über sie auch durch Abtretung und Verpfändung (jedoch nicht freigebig) verfügen. Salinger 178.

2. Die zur Vorerbin eingesetzte Wittwe ist, ohne daß es hierzu einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder überhaupt der Einwilligung der Kinder bedürfte, kraft eigenen Rechtes zur Fortführung eines zum Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts auch unter Beibehaltung der bisherigen Firma befugt. OLG. 4 456 f. (KG.).

§ 2113. 1. Der Begriff der Beeinträchtigung ist im weitesten Sinne zu nehmen. Sogar die Veräußerung an sich kann unter Umständen schon eine Benachtheiligung des Nacherben enthalten. Salinger 161.

Für die Frage der Benachtheiligung des Nacherben ist der Anfall der Nacherbschaft der maßgebende Zeitpunkt. Salinger 162.

2. a) Die Unwirksamkeit der Verfügung tritt nur ein, wenn es wirklich zur Nacherbfolge kommt und der Nacherbe sie geltend macht, was jedoch nicht mit

besonderer Anfechtungsklage zu geschehen braucht. Sie ist also nur eine eventuelle. Hachenburg 34, Planck, N. 1 zu § 2113, Salinger 162, 164, 197.

Im Falle der Aufrufung der Verfügung, die auch Anfechtung genannt werden kann, wird die ganze Verfügung unwirksam. Für eine Unwirksamkeit in einer bestimmten Höhe, wie bei der Anfechtung auf Grund des Anfechtungsgesetzes, ist hier kein Raum. Salinger 165.

Die Unwirksamkeit kann mit der Eigenthumsklage, der Eigenthumsfreiheitsklage, der Widerspruchsklage geltend gemacht werden. Salinger 197.

b) Eine auch nur stillschweigende Genehmigung nach dem Eintritte der Nacherbfolge heilt gemäß § 185 BGB. die Unwirksamkeit in gleicher Weise wie eine vorgängige Zustimmung. Salinger 164 N. 81.

c) Auch Dritte können sich auf die Unwirksamkeit berufen, soweit sie Interesse daran haben; aber immer nur aus der Person des Nacherben. Absolute Unwirksamkeit ist entgegen Planck und Neumann darum jedoch nicht anzunehmen, da sonst auch die Zustimmung des Nacherben zu der Verfügung, besonders die nach dem Eintritte der Nacherbfolge ertheilte, dem Dritten nicht schaden könnte. Salinger 163 N. 37a.

3. a) Bei der Vorschrift des § 2113 (auch des Abs. 2) handelt es sich nicht um ein gesetzliches Veräußerungsverbot. Planck, N. 2 zu § 2113, Frommhold, N. 1; zum Theil abweichend Hachenburg 35.

b) Abs. 1 enthält keinen zwingenden Rechtssatz. Müller, Seuff. Bl. 66 9.

4. Der Nacherbe kann sich auch schon vor Eintritt der Nacherbfolge seine aus der Unwirksamkeit der Verfügung entspringenden Rechte durch einstweilige Verfügung sichern lassen. Er kann insbesondere die Eintragung eines Widerspruchs erwirken. Auch die Durchführung der nach § 2113 unwirksamen Verfügung, z. B. die Auflassung eines zur Nacherbschaft gehörigen Grundstücks, kann er durch einstweilige Verfügung verhindern lassen. Salinger 165, 166 N. 87a.

5. Das Unterlassen eines Erwerbes gehört nicht zu den freigebigen Verfügungen im Sinne des § 2113 Abs. 2, kann aber Ersatzansprüche des Nacherben gegen den Vorerben begründen. Hachenburg 42, Frommhold, N. 2 zu § 2113, Planck, N. 2 dazu.

6. Zum guten Glauben im Sinne des Absatzes 3 gehört nicht, daß dem Dritten unbekannt war, daß die Verfügung die Rechte des Nacherben vereitele oder beeinträchtige, sondern vielmehr, daß der Dritte nicht weiß und nicht wissen konnte, daß er mit einem Vorerben verhandele. Salinger 163, Wilcke, N. 4 zu § 2113.

7. Der Verwalter in dem über das Vermögen des Vorerben eröffneten Konkurse muß die Verfügungsbeschränkung des Vorerben, die von dem Erblasser bezüglich eines Nachlaßgrundstücks angeordnet ist, auch ohne Eintragung ebenso gegen sich gelten lassen wie der Gemeinschuldner selbst. RG. JW. 00 662.

8. Eine Hypothekenforderung wird durch die Zahlung des Kapitals an den Vorerben allein nicht getilgt; der Vorerbe ist ohne Mitwirkung des Nacherben zur Empfangnahme des Geldes nicht befugt. Seine Quittung reicht zum Nachweis des Erwerbes der Hypothek durch den Eigenthümer nicht aus, wie auch seine Löschungsbewilligung zur Aufhebung der Hypothek nicht genügt; das Recht des Nacherben steht einer Belastung der Hypothek mit dem Rechte eines Dritten gleich (§§ 1177, 1163, 875, 876 BGB.). OLG. 3 223f. (KG), KGJ. 22 A 317.

§ 2114. Der Hypothekenschuldner, der auf Verlangen des Vorerben an diesen allein zahlte, wird auch dann nicht befreit, wenn der Nacherbe in der Lage ist, das Geld von dem Vorerben heraus- oder erstattet zu bekommen; der Nacherbe braucht sich auf seine Ansprüche gegen den Vorerben nicht verweisen zu lassen. Salinger 167.

Nach Hachenburg, Vorträge 62 kann deshalb der Hypothekenschuldner die Zahlung von der Beibringung der schriftlichen Einwilligung des Nacherben abhängig machen.

Dagegen meint Salinger 167: Die Annahme des von dem Schuldner aus eigenem Antriebe zurückgezahlten Geldes steht dem Vorerben ohne die Schranke des § 2114 Satz 2 frei.

Weil die Annahme des freiwillig zurückgezahlten Geldes, die sich auch als Verfügung über die Hypothekenforderung darstellt (vgl. §§ 1812, 1813), lediglich nach den Vorschriften des § 2113 zu beurtheilen ist, so braucht der freiwillig zahlende Schuldner auch nur mit der dort vorgeschriebenen Verfügungsbeschränkung des Vorerben zu rechnen, sich aber nicht gemäß § 2114 Satz 2 die Mitquittung des Nacherben oder die Hinterlegung angelegen sein zu lassen. Salinger 167.

§ 2115. 1. a) Zu den Verfügungen, welche im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, gehören nur Zwangsvollstreckungen in das Vermögen (im Sinne des Buches 8 Abschn. 2 Tit. 1 u. 2 der CPO.), nicht aber Zwangsvollstreckungen im Sinne des Buches 8 Abschn. 3 der CPO., da letztere lediglich die rechtsgeschäftlichen Verfügungen zu ersetzen bestimmt und deshalb wie rechtsgeschäftliche Verfügungen zu behandeln sind. Küntzel Gruchots Beitr. 41 591 ff., Hellmann 220 f., Hachenburg, Erbrecht 48 ff.

b) Nach dem Wortlaute des § 2115 BGB. sind nicht nur die im Wege der Zwangsvollstreckung durchgeführten Maßnahmen des Konkursverwalters (§§ 126, 127 KO.) unwirksam, wenn sie das Recht des Nacherben verletzen, sondern alle Verfügungen, insbesondere auch die freiwilligen Veräußerungen. Salinger 172.

2. Die Unwirksamkeit zwangsweiser Verfügungen betrifft auch bewegliche Sachen. Sie tritt hier jedoch nicht ein, wenn der Gläubiger auf die Sache ein obligatorisches Recht hatte und im Wege der Zwangsvollstreckung nur das erreicht hat, was ihm der Vorerbe freiwillig auch gewähren mußte und konnte. Küntzel, Gruchots Beitr. 41 592, Hachenburg 48, Planck, N. 1 zu § 2115; Salinger 170, Strohal 107 N. 12, (2) (entgegen der 1. Auflage).

3. a) Zum Schutze gegen die Durchführung einer nach § 2115 BGB. unwirksamen Zwangsvollstreckung ist dem Nacherben die Widerspruchsklage aus § 773 CPO. gegeben. Sie ist inkonsequenter Weise gegen die Zwangsvollstreckung und nicht bloß gegen die Veräußerung bzw. Ueberweisung zu richten. Von Bedeutung ist sie hauptsächlich für die Zeit vor dem Eintritte der Nacherbfolge, da der Nacherbe nachher die Eigenthumsklage oder Eigenthumsfreiheitsklage (§ 1004 BGB.) hat. Salinger 171, besonders N. 100 b und 100 c.

b) Dem Konkursverwalter ist durch § 128 KO. die Veräußerung verboten, einen dem § 773 CPO. entsprechenden Rechtsbehelf giebt es hier für den Nacherben jedoch nicht. Er kann sich aber durch einstweilige Verfügung gegen die beabsichtigte Veräußerung schützen. Salinger 173.

c) Auch bei Pfändungen im Wege der Arrestvollziehung kann mit Rücksicht auf § 2115 BGB. eine Einstellung der Zwangsvollstreckung in Antrag gebracht werden. Salinger 173.

d) Wird trotz verbotener Veräußerung doch veräußert, so ist für die Widerspruchsklage kein Raum mehr. Der gutgläubige Erwerber ist nach Maßgabe der §§ 933 ff. BGB. geschützt. Planck, N. 1 zu § 2115, Salinger 171, N. 100a, 173 N. 106.

§ 2116. 1. Die Hinterlegung nimmt dem Vorerben die Möglichkeit, über die Papiere insoweit zu verfügen, als zu dem Verfügungsakte die körperliche Besitzübertragung des Papiers erforderlich ist. Salinger 158.

2. Mit der Hinterlegung erlangt der Nacherbe, da die Herausgabe des Papiers an seine Zustimmung gebunden ist, ein Mitrecht an demselben. Die

alleinige Verfügung des Vorerben über das hinterlegte Papier ist daher von vornherein und nicht erst mit dem Eintritte der Nacherbfolge unwirksam. Hachenburg 38, Planck, N. 3 zu § 2116, Frommhold, N. 2, Salinger 158 N. 63a. Die Vorschrift des § 2116 Abs. 2 ist nicht überflüssig, da der Vorerbe das hinterlegte Papier unter Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB.) einem Dritten veräußern könnte. Selbst könnte sich der Vorerbe mit Rücksicht auf § 137 BGB. eine solche Verfügungsbeschränkung nicht auflegen. Salinger 158, Planck, N. 3 zu § 2116.

3. Der gutgläubige Erwerber ist im Falle des Abs. 2 geschützt, mag das hier auch nicht wie im § 2113 besonders betont sein. Endemann III 176 N. 16, Planck, N. 3 zu § 2116; anders Hachenburg 37 ff.

4. In der Verfügung über sog. Legitimationspapiere, wie z. B. Sparkassenbücher, ist der Vorerbe frei. Salinger 195 Note 65 und die dort angezogene Literatur.

§§ 2117, 2118. Das Papier selbst unterrichtet den Dritten über die mangelnde Verfügungsmacht des Vorerben. Salinger 159.

§ 2119. Die Vorschrift des § 2119 regelt nur die Frage, wie das Geld anzulegen ist, nicht aber, ob es anzulegen ist. Planck, Note 2 zu § 2119; Salinger 160 Note 69a.

Für die Anlegung des Geldes kommt die analoge Anwendung des § 1809 mit der Maßgabe etwa, daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Nacherben erforderlich ist, nicht in Frage. Salinger 160 Note 69b.

§ 2120. Zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten müßte der Vorerbe, da er durch sie die Rechte des Nacherben nicht verletzt, eigentlich schlechthin befugt sein, und zwar um so mehr, als der Nacherbe sich wegen solcher Verbindlichkeiten nach § 2115 auch zwangsweise Verfügungen gefallen lassen muß. Salinger 178.

Verfügungen zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht Wirkung gegen den Nacherben haben, werden in der Hauptsache nur in dem Falle des § 2116 Abs. 2 in Frage kommen, so daß das klagbare Recht auf die Zustimmung des Nacherben bei Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten eigentlich auch nur hier interessirt. Salinger 179 Note 124.

Der Nacherbe muß der Verpfändung eines Nachlaßgrundstücks zustimmen, wenn diese für ein zur Anschaffung nothwendiger Inventarstücke aufgenommenes Darlehen geschieht. Salinger 179.

Die Zustimmungspflicht des Nacherben hätte auch für die Fälle, wo die Rechte des Nacherben nicht gekränkt werden und der Vorerbe in der Verfügung frei ist, festgelegt werden müssen, da das Vorhandensein jener Voraussetzung für den Dritten in der Regel nicht ersichtlich sein wird. Salinger 180.

§ 2121. LG. Stuttgart, ZFrG. 01 45: Das Vormundschaftsgericht hatte der als Vorerbin eingesetzten Wittwe gegen den Widerspruch des Pflegers aufgegeben, ein Nachlaßverzeichniß anzufertigen und den Werth durch Sachverständige schätzen zu lassen. Auf Beschwerde des Pflegers wurde die Verfügung aufgehoben, da ein Nachlaßverzeichniß nur gefordert werden könne, wenn bestimmte Verhältnisse dies angezeigt erscheinen lassen, hier aber die Maßregel nach Lage des Falles nicht erforderlich erscheine, zumal der Erblasser die Wittwe von der Pflicht der Rechnungslegung enthoben habe.

§ 2122. Die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen erfolgt nach § 164 RFrGG. durch das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich die Sache befindet. Salinger 157 Note 58.

§ 2124. Ob die außergewöhnlichen Aufwendungen unbedingt nothwendig waren und ob ihr Werth bei Herausgabe der Erbschaft noch vorhanden ist, darauf kommt es nicht an. Hachenburg 57; Planck, Note 3 zu § 2124.

Die Ersatzansprüche des Vorerben wegen Aufwendungen bestehen auch dann, wenn er die Sachen nicht mehr herausgeben kann, z. B. weil er sie veräußert hat oder weil sie untergegangen sind. Im ersteren Falle aber nur dann, wenn er dem Nacherben den Werth der entzogenen Sache ersetzt. Salinger 194, 195.

§ 2125. Soweit der Vorerbe nicht Ersatz verlangen kann, hat er Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Salinger 187 Note 149

§ 2126. Der Vorerbe hat während der Vorerbschaft den Fruchtgenuß, aber auch die Lasten, mag beides ausdrücklich im Gesetz auch nicht ausgesprochen sein. Es folgt das schon aus §§ 2111, 2126, 2133. Salinger 185 f.

Zu den Lasten zählt das Gesetz begrifflich nicht die in den §§ 2124, 2125 erwähnten Kosten. Salinger 187 Note 147.

§§ 2127, 2128. 1. Lediglich die Thatsache der Gefährdung des Nacherben ist entscheidend; auf ein schuldhaftes Verhalten des Vorerben kommt es nicht an. Hachenburg 55; Salinger 180.

Von einer Beschädigung kann, wie für das preußische Recht angenommen ist, so lange keine Rede sein, als für den Nacherben die Möglichkeit vorhanden ist, bei der späteren Auseinandersetzung sich Ersatz für das weggegebene Vermögensstück durch Anrechnung seines Werthes auf die den Rechtsnachfolgern des Vorerben zufallenden Vermögenstheile zu verschaffen. RG. JW. 01 761 Nr. 27.

2. Aus § 2128 in Verbindung mit §§ 1912, 1913, 2222 ergiebt sich die Möglichkeit, daß die zukünftigen Rechte einer noch nicht existirenden oder noch nicht bestimmten Person „gewahrt" und ausgeübt werden können. Dasselbe ergiebt sich für die Fälle der §§ 2179, 331 Abs. 2. Hellwig, Anspruch 397.

§ 2129. 1. Der Verwalter hat die Stellung eines Zwangsverwalters bei Grundstücken. Er unterliegt daher denselben Schranken wie dieser und nicht den in den §§ 2113 ff. vorgesehenen Beschränkungen des Vorerben. Salinger 181 Note 128.

Der Schutz des gutgläubigen Dritten geht hier weiter, als bei der Nachlaßverwaltung (§ 1984). Wilcke, Note 1 zu § 2129; Salinger 181 Note 130.

Nur der Schuldner der Forderung genießt den im § 2129 Abs. 2 Satz 2 ausgesprochenen Schutz, nicht aber der Zessionar der Forderung, der auch den Schutz des guten Glaubens aus Satz 1 nicht genießt, weil es sich bei Forderungen nicht um Sachen handelt. Planck, Note 2 zu § 2129; Salinger 181 Note 132a; Hachenburg 56.

Die Aufhebung der Verwaltung kann nicht nur erfolgen, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird, sondern auch dann, wenn die Gründe, welche eine Gefährdung des Nacherben besorgen ließen, nachträglich weggefallen sind. Salinger 182.

2. Dem Schuldner muß die Kenntniß oder die Zustellung einer Mittheilung von der Entziehung der Verwaltung bewiesen werden. Rosenberg, Beweislast 127.

§ 2130. 1. Der Herausgabeanspruch ist ein dinglicher, kein persönlicher. Endemann III 180; Salinger 191 Note 157; zum Theil abweichend Planck, Note 2b zu § 2130.

2. Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Vorerbe die Herausgabe der Erbschaft so lange weigern, bis er wegen der ihm zu erstattenden Verwendungen befriedigt ist (§ 273), jedoch nicht im Falle des Nachlaßkonkurses (§§ 231, 223 KO.). Salinger 194.

3. Die zur Fortführung der Wirthschaft erforderlichen Erzeugnisse braucht der Vorerbe nur dann zurückzulassen, wenn sie wirklich vorhanden sind. Salinger 192 Note 159.

4. Die Worte „vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennenden Früchte“ im § 592 sind im § 2130 durch die Worte „nach Eintritt der Nacherbfolge zu trennenden Früchte“ zu ersetzen. Salinger 194 Note 169.

5. Die Rechenschaft bezieht sich auf die Substanz der einzelnen Gegenstände. Planck, Note 2c zu § 2130; Salinger 193 Note 163.

§§ 2131, 2132. Eine Ausnahme von der Vorschrift des § 2131 ist die des § 2119. Planck, Note 1 zu § 2131.

Mit Rücksicht auf § 2130 ist anzunehmen, daß der Vorerbe nicht für jede einzelne Verwaltungshandlung, sondern nur für das Schlußergebniß haftet. Endemann III 177 Note 21; Planck, Note 1 zu § 2130.

Ueber den Beweis der schuldhaften Veränderungen oder Verschlechterungen siehe Rosenberg o. zu § 282.

§ 2133. Der Vorerbe kann die übermäßig gezogenen Früchte zwar behalten, muß dem Nacherben aber in den vorgeschriebenen Grenzen den Werth ersetzen. Salinger 186.

§ 2134. 1. Auch von dem Falle eigener Verwendung abgesehen, muß der Vorerbe mit Rücksicht auf § 2130 den Werth der nicht mehr vorhandenen Sachen ersetzen, es sei denn, daß sie in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes untergegangen sind. Salinger 196 Note 171.

Ein Verschulden des Vorerben liegt vor, wenn er unzulässiger Weise über die Sache verfügt. Salinger 196 Note 173.

Der Anspruch des Nacherben auf Werth- oder Schadensersatz wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ihm das Recht zusteht, die betreffende Verfügung als ihm gegenüber unwirksam aufzuweisen und dadurch die Herausgabe der Sache von dem Dritten zu verlangen. Salinger 197.

2. Der Werth des Erbschaftsgegenstandes ist nach dem Zeitpunkte der Verwendung, nicht dem des Eintritts der Nacherbfolge zu berechnen. Leske 1173 Anm. 1; Planck V 310.

§ 2135. Die Vermiethung und Verpachtung eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks zählt nicht zu den im § 2113 erwähnten Verfügungen über ein Grundstück. Salinger 161.

Ist die Vermiethung oder Verpachtung eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Nacherbe von den ihm im § 2135 eingeräumten Befugnissen keinen Gebrauch macht, so ist entsprechend § 2120 die Zustimmung des Nacherben zu dem Vertrag einzuholen, welche diesen alsdann in derselben Weise, wie den Vorerben, an den Vertrag bindet. Planck, Note g zu § 2135.

§ 2136. Die Befreiung des Vorerben ist gemäß § 52 GBO. ins Grundbuch einzutragen, nicht aber im Erbscheine zu erwähnen. Nur die allgemeine Befreiung aus § 2137 ist auch im Erbschein anzugeben (§ 2393 Abs. 1). Salinger 183 Note 135a.

§ 2137. 1. Die Vorschrift des § 2137 Abs. 1 betrifft die Nacherbfolge auf den Ueberrest. Abweichend vom preußischen Rechte ist bei ihr der Zugriff der Gläubiger des Vorerben in Bezug auf die Nachlaßgegenstände nicht gestattet. Planck, Note 1 zu § 2137; Salinger 183 Note 136a.

Bei den sog. Berliner Testamenten, in denen sich die Ehegatten gegenseitig mit der Maßgabe einsetzen, daß nach dem Tode des Längstlebenden der Ueberrest an die Kinder fallen solle, liegt mit Rücksicht auf § 2269 Abs. 1 eine Nacherbfolge in der Regel nicht vor. Der überlebende Ehegatte ist daher an die dem Vorerben obliegenden Beschränkungen in der Regel nicht gebunden. Salinger 184; Planck, Note 1 zu § 2137.

2. Ist der überlebende Ehegatte als Vorerbe eingesetzt und sind die minderjährigen Kinder als Nacherben auf das, was übrig bleiben wird, berufen, so kann den Nacherben bei dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten mit Rücksicht auf ihre Befugnisse aus §§ 2121, 2122 ein Pfleger bestellt werden. LG. Posen, PosMschr. 02 60.

3. Aus der Beschränkung des Substituten auf den Ueberrest muß nicht schon ohne weiteres auch die Befreiung des Fiduziars von der Inventarpflicht angenommen werden. RG. 27 220 (ALR.).

§ 2138. Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich in den Fällen des § 2137 zwar nur auf die noch vorhandenen Gegenstände, aber unter Berücksichtigung des § 2111. Salinger 193 N. 164.

Für Verwendungen auf zufällig untergegangene Sachen steht der Nacherbe auf den Ueberrest dem Vorerben ebenso ein, wie bei der gewöhnlichen Nacherbfolge. Endemann III 179 N. 38, Planck, N. 2 zu § 2138, Salinger 195, besonders N. 170b.

Im Falle einer nach § 2115 Satz 1 unzulässigen Verfügung besteht eine Schadensersatzpflicht des Vorerben nicht, denn hier steht zwar dem Nacherben ein Widerspruchsrecht zu, nicht aber dem Vorerben. Auch der Rechtsbehelf aus § 766 CPO. wegen Verletzung des § 773 daselbst steht dem Vorerben nicht zur Seite. Salinger 197 N. 175.

§ 2139. 1. Der Vorerbe kann seine Erbenstellung nicht vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge aufheben; eine Vereinbarung zwischen ihm und dem Nacherben über eine frühere Herausgabe der Erbschaft würde das Verhältniß des Vorerben zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft nicht berühren (Mot. V 110, 111). Leske 1175 Anm. 8, Planck V 316, Frommhold, Anm. 1 zu § 2139, Böhm 52.

2. Der Nacherbe gelangt mit dem Eintritte der Nacherbfolge ipso jure in die Erbenstellung. Er kann ohne Auflassung seine Eintragung im Grundbuch im Wege der Berichtigung veranlassen. Frommhold, N. 2 zu § 2139, Strohal 39, Salinger 190.

3. a) Bei Prozessen zwischen Vorerben und Dritten wird durch den Eintritt der Nacherbfolge in Gemäßheit des § 242 CPO. eine Unterbrechung des Verfahrens herbeigeführt. Sie interessirt besonders bei der Nacherbfolge auf den Ueberrest und tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob der Vorerbe oder der Dritte den Prozeß angestrengt hat. Salinger 199.

Hinsichtlich der Unterbrechung findet noch der § 246 Abs. 1 CPO. Anwendung, mag er im § 242 daselbst auch nicht erwähnt sein. Sie tritt also nicht ein, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist; das Verfahren ist dann jedoch auf Antrag auszusetzen (§ 246 CPO.). Endemann III 183 N. 9.

b) Urtheile, die zwischen Vorerben und Dritten über Nachlaßverbindlichkeiten oder Nachlaßgegenstände ergangen und vor Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig geworden sind, wirken nach § 326 Abs. 1 CPO. zu Gunsten des Nacherben, ohne Rücksicht darauf, ob der Vorerbe Kläger oder Beklagter war. Salinger 198.

Urtheile, die über Gegenstände ergangen sind, über welche der Vorerbe frei verfügen konnte, wirken nach § 326 Abs. 2 CPO. zu Ungunsten des Nacherben, gleichviel welche Parteirolle der Vorerbe gehabt hat. Sie können nach Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen den Nacherben gegen diesen vollstreckt werden; es bedarf, anders wie in den Fällen der §§ 1400, 1412, 1416 BGB. gegen den Ehemann, nicht noch besonderen Urtheils. Salinger 175, 198 Note 178.

§ 2140. 1. Ueber den Beweis der Kenntniß oder fahrlässigen Unkenntniß s. o. zu § 173 Ziff. 2

2. Ist der Vorerbe selbst nicht gutgläubig, so kommen für den gutgläubigen Dritten nur die allgemeinen Vorschriften über den guten Glauben in Betracht. Salinger 191 N. 156, Planck, N. 2 zu § 2140.

3. § 2140 hat in erster Linie den Schutz des gutgläubigen Vorerben im Auge. Den gutgläubigen Schuldner schützt der nach § 412 anzuwendende § 407; doch steht die Kenntniß nach § 2140 Satz 2 dem Kennenmüssen gleich. Hellwig, Rechtskraft 224 ff.

§ 2141. Die Vorschrift des § 2141 gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Erbschaft dem Nacherben mit der Geburt anfällt oder nicht. Planck zu § 2141.

Abs. 2. Die Erbschaft verbleibt auch dem Vorerben, wenn der Nacherbe vor dem Erbfalle stirbt und § 2069 nicht vorliegt oder wenn der Nacherbe für erbunwürdig erklärt wird. Salinger 448 VII.

§ 2143. 1. Die auch Dritten gegenüber eintretende Wirkung (Böhm 52), daß durch Vereinigung erloschene Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten, knüpft sich an den Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge; bis dahin ist eine Verjährung des Rechtes nicht im Laufe und eine Pfändung unwirksam gewesen. Hachenburg, Studien zum Erbrecht 65 f.

2. Eine auf einem Nachlaßgrundstücke für den Vorerben eingetragene Hypothek, welche während der Vorerbschaft wie eine Grundschuld zu behandeln war, erhält nach Eintritt der Nacherbfolge ihren Charakter als Hypothek wieder. Salinger 191.

§ 2144. 1. Rechtsverbindlichkeiten können niemals durch ein Rechtsgeschäft des Vorerben entstehen. Hellwig, Rechtskraft 228.

2. a) Die Haftung des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist von der des Vorerben völlig unabhängig. Salinger 200.

b) Weil der Nacherbe nur mit dem haftet, was er überkommt, werden die Nachlaßgläubiger zweckmäßig ihre Ansprüche schon während der Vorerbschaft verfolgen. Strohal 146, Endemann III 185, Salinger 202.

3. a) Ein nicht ordnungsmäßiges, z. B. ein von dem Vorerben absichtlich unvollständig angefertigtes Inventar wahrt dem Nacherben die beschränkte Haftung nicht, macht ihn aber auch nicht unbeschränkt haftbar, wie den Vorerben. Planck, N. 4 zu § 2144, Salinger 200 N. 186, Strohal 144 f.

Auch kann ihm eine neue Frist zur Ergänzung des Inventars gemäß § 2005 Abs. 2 gesetzt werden. Strohal 144 f., Jaeger, Erbenhaftung 28 Anm. 3; er hat dann den Bestand der Erbschaft zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge zu Grunde zu legen. Küntzel, Gruchots Beitr. 41 836 ff., Endemann III 186 N. 24, Salinger 200 N. 188, Planck, N. 4 zu § 2144. Anders Strohal 145 (1).

b) Der Nacherbe kann sich nicht allein auf die Inventarerrichtung, sondern auch auf die sonstigen, von dem Vorerben ergriffenen Mittel zur Durchführung der beschränkten Haftung, besonders gemäß § 998 CPO. auf das beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger ergangene Ausschlußurtheil berufen. Auf eine abgeschlossene Nachlaßverwaltung oder einen beendeten Nachlaßkonkurs kann er sich aber nur in den Grenzen, wie der Vorerbe selbst, beziehen. Sie sichern ihm also nicht schlechthin die unbeschränkte Haftung, sondern sind eventuell zu erneuern. Salinger 201.

4. Die Geltendmachung der im Abs. 3 erwähnten Beschränkung muß in üblicher Weise feststehen. Planck, N. 5 zu § 2144.

Für den Abs. 3 kommen in Frage die Ansprüche des Vorerben wegen Verwendungen, sowie die nach § 2143 wieder auflebenden Ansprüche gegen den Nachlaß. Salinger 203 N. 195.

§ 2145. Das Erlöschen seiner Haftpflicht kann der verurtheilte Vorerbe gemäß § 767 CPO. geltend machen. Hachenburg 65, Frommhold, N. 1 zu § 2145, Salinger 181, N. 151.

Eine Weiterhaftung des Vorerben über den Eintritt der Nacherbfolge hinaus kommt in Frage, wenn der Vorerbe unbeschränkt, der Nacherbe beschränkt haftet (Haftung in Höhe der Differenz), ferner wenn es sich um Berichtigung von Zinsen, Steuern und anderen Lasten aus der Zeit der Vorerbschaft handelt (gesammtschuldnerische Haftung mit dem Nacherben). Planck, N. 2 b und 3 zu § 2145, Salinger 188, Hachenburg 64, 65, Endemann III 185, Böhm, Gruchots Beitr. **47** 701 ff.

Der noch nach dem Eintritte der Nacherbfolge haftende Vorerbe hat im Falle seiner beschränkten Haftung nur die Erschöpfungseinrede aus §§ 1990, 1991, nicht aber die Rechtsbehelfe der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses, denn er ist nicht mehr Erbe. Salinger 189, besonders N. 151 f.

Auch der unbeschränkt haftende Vorerbe kann, mag das Gesetz das auch nicht ausdrücklich sagen, in entsprechender Anwendung des § 2063 Abs. 2 BGB. von dem Nacherben nicht unbeschränkt in Anspruch genommen werden, soweit es sich um Ansprüche des Nacherben als Nachlaßgläubigers handelt. Sie werden zwar mit dem Eintritte der Nacherbfolge meist erlöschen, können aber auch bestehen bleiben, wie z. B. der Anspruch auf Zinsrückstände, die während der Vorerbschaft von einer dem Nacherben gegen den Nachlaß zustehenden Forderung fällig geworden sind. Salinger 203.

§ 2146. Abs. 2. Ein rechtliches Interesse hat auch derjenige, welcher den Erbanspruch des Nacherben hat pfänden und sich überweisen lassen. Salinger 200.

Vierter Titel.

Vermächtniß.

§ 2147. 1. Zum Gegenstand eines Vermächtnisses kann Alles gemacht werden, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses (§§ 2174, 2176 BGB.) sein kann, auch der Besitz einer Sache (§ 2165 Abs. 2) und eine Handlung. Bendix, Privatr. 850.

2. Zu den Vermächtnißnehmern gehört derjenige nicht, der eine letztwillige Zuwendung in der Form des § 331 erhält. Auch im Falle des § 332 kann er daher nicht mit Vermächtnissen beschwert werden. Boethke, Gruchots Beitr. **46** 176 (gegen Kipp: Wer kann nach Bürgerlichem Rechte mit Vermächtnissen belastet werden?). A. M. Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte 364 ff.

3. Soweit im Testamente bestimmt ist, daß einzelne bestimmte Vermögensstücke an bestimmte Erben anfallen sollen, ist darin keine Erbeseinsetzung, sondern ein Vermächtniß enthalten. Die Bestimmung des Erblassers, daß sein Sohn A. die Wirthschaft erben soll, hat nur die rechtliche Bedeutung der Anordnung eines Vermächtnisses, auch wenn A. als Erbe bezeichnet ist, wenn die Wirthschaft das werthvollste Stück des Nachlasses ist und wenn A. angewiesen ist, an die übrigen Bedachten bestimmte Summen herauszuzahlen. OLG. 2 233 (KG.); (vgl. o. Ziff. 3 zu § 2087).

§ 2148. 1. Ist der Gegenstand des Vermächtnisses untheilbar, so haften die mehreren Beschwerten als Gesammtschuldner (§ 431) und haben unter einander Ausgleichungsansprüche nach Verhältniß ihrer Erbtheile bzw. der Werthe ihrer Vermächtnisse. Böhm 59.

2. Der beklagte Erbe muß beweisen, daß mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer vorhanden seien. Rosenberg, Beweislast 149.

§ 2153. Einen Fall des Abs. 1 behandelt schon RG. **30** 287 nach ALR.

§ 2155. Gattungsvermächtnisse sind nicht unwirksam, wenn sich Sachen der vermachten Gattung beim Erbfall im Nachlasse nicht vorfinden, es sei denn, daß Sachen aus einer bestimmten Menge oder Zahl (z. B. 100 Flaschen Ungarwein aus des Erblassers Weinvorrath) vermacht sind. Böhm 66.

§ 2161. Der Vermächtnißnehmer kann nicht auf Entrichtung des Vermächtnisses gegen den klagen, dem der beschwerte Erbe den Nachlaß herausgegeben hat. OLG. Celle, Seuff. A. 53 298.

§ 2162. Abs. 1 ist eine zwingende Rechtsnorm. Müller, Seuff. Bl. 66 23.

§ 2164. Wer behauptet, das Vermächtniß erstrecke sich nicht auf das Zubehör, hat die Beweislast; (siehe o. Ziff. 3 zu § 314); Rosenberg, Beweislast 70 N. 1.

§ 2165. Der Vermächtnißnehmer erhält den vermachten Gegenstand so, wie er thatsächlich vorhanden ist, also mit den Belastungen.

Die Bestimmung in Abs. 2 des § 2165 erklärt sich daraus, daß die Vermuthung für das Belastetbleiben des Vermächtnißnehmers mit der dem Erblasser zustehenden Hypothek und die Vermuthung für den Uebergang der Rechte des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer sich gegenseitig aufheben. Ebbecke, Grundsätze 79.

§ 2167. Ein gesetzlicher Regreßanspruch wird nur für den Erben gegen den Vermächtnißnehmer begründet, nicht auch umgekehrt für den Vermächtnißnehmer gegen den Erben oder für die Vermächtnißnehmer gegen einander. Lang, A.civPr. 89 320 f.

§ 2169. 1. § 2169 ist nach Strohal 43 auch auf das Vermächtniß einer dem Erben gehörigen Sache zur Anwendung zu bringen.

2. Abs. 1. Der Bedachte muß nachweisen, daß das Vermächtniß auch für den Fall bestimmt sei, daß der Gegenstand nicht zur Erbschaft gehört; Rosenberg, Beweislast 85.

3. Abs. 2. Der in Anspruch genommene Erbe muß beweisen, daß der Besitz dem Bedachten keinen rechtlichen Vortheil gewährt; (siehe o. Ziff. 4 zu § 280). Rosenberg, Beweislast 137.

§ 2170. Abs. 2. Unter dem nach Abs. 2 zu entrichtenden Werthe ist nur der gemeine Werth, nicht der außerordentliche zu verstehen. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen 76 f.

§ 2171. 1. Schuldnerisches Unvermögen steht hier der Unmöglichkeit nicht gleich. Kleineidam 50.

Bei theilweiser Unmöglichkeit ist das Vermächtniß theilweise unwirksam. Kleineidam 62.

2. Das auf eine unmögliche Leistung gerichtete oder gegen ein Verbotsgesetz verstoßende Vermächtniß begründet für den Bedachten keinen Schadensersatzanspruch aus § 307. Hachenburg, Vorträge 42.

§ 2172. Der Paragraph hat auch dann Anwendung zu finden, wenn die Vermengung, Vermischung u. s. w. nur zwischen verschiedenen Sachen des Erblassers selbst stattgefunden hat. Kleineidam 53.

Auch wenn die Veränderung, Vermengung, Vermischung u. s. w. vor der Anordnung des Vermächtnisses erfolgt ist, trifft die Bestimmung des Abs. 1 zu, nicht jedoch die Bestimmung des Abs. 2. Kleineidam 60, 66.

Rückveränderung läßt das Vermächtniß nur dann wieder Bestand gewinnen, wenn wirklich die alte Sache wieder hergestellt ist. Kleineidam 61.

§ 2173. Die Leistung muß, damit § 2173 zutrifft, erst nach Anordnung des Vermächtnisses erfolgt sein. Kleineidam 68 f.

§ 2174. Das Vermächtniß hat keine dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung. Unmittelbaren (dinglichen) Rechtserwerb kann der Erblasser nach der

herrschenden Ansicht (Planck, Anm. 2 zu § 2174) auch nicht dadurch herbeiführen, daß er die zu bedenkende Person als Miterben einsetzt und gleichzeitig anordnet, daß dieser Miterbe für seinen Erbtheil durch Empfang des zugedachten Gegenstandes befriedigt sein soll; eine derartige Zuwendung enthält lediglich eine Theilungsanordnung (§ 2048), welche, ebenso wie das Vermächtniß, nur obligatorische, keine dingliche Wirkung hat. Jung, BayrNotZtg. **00** 119 ff.

§ 2175. Diese Bestimmung gilt auch, wenn der Erblasser die ihm gegen den Erben zustehende Forderung durch Vermächtniß nur belastet (z. B. mit einem Nießbrauche). Wolff, Jherings J. **44** 352.

Hat der Erblasser die Forderung dem Dritten in einem nichtigen Testamente vermacht und tritt der Erbe die Forderung dem Dritten ab, so ist die Abtretung nicht im Wege der condictio rückgängig zu machen, sondern nichtig. Wolff a. a. O. 352 Anm. 43.

Ein durch Konfusion erloschenes Recht muß auch in Ansehung Aller, welche gegen den Erblasser einen Anspruch auf Uebertragung oder Belastung des Rechtes hatten, als fortbestehend gelten. Dies ergiebt die Analogie des § 2175. Wolff a. a. O. 354 ff.

§ 2180. 1. Der Erbe kann die Erbschaft annehmen, das Vorausvermächtniß ausschlagen und umgekehrt; von mehreren Vermächtnissen desselben Testaments oder Erbvertrags kann der Bedachte das eine annehmen, das andere ausschlagen. Böhm 74; Reatz, Zweite Lesung d. Entw. e. BGB. 373.

Die Erklärung über Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses ist nach Böhm 75 Anm. 3 seitens des Vermächtnißnehmers nach § 123 anfechtbar.

2. Die Erklärung, das Vermächtniß auszuschlagen, kann, als in das Gebiet des Rechtsstreits fallend, sofern die Annahme des Vermächtnisses noch nicht erfolgt war, mit Wirksamkeit im Rechtsstreit und gegenüber dem Vertreter der Gegner erfolgen. OLG. **4** 443 (Colmar).

Ein Vermächtniß kann auch durch eine gegenüber dem Beschwerten vorgenommene, schlüssige Handlung ausgeschlagen werden. OLG. Colmar, R. **02** 181.

3. Abs. 2 Satz 2. Auch bei bedingten und betagten Vermächtnissen kann die Erklärung bereits vom Erbfall ab erfolgen, der Anfall des Vermächtnisses braucht nicht abgewartet zu werden. Leske 1195 Anm. 6; Planck-Ritgen V 363 Anm. 4a und die dort Angeführten, insbesondere Meischeider 356 ff.

§ 2184. Ist eine dem Beschwerten oder einem Dritten gehörige Sache vermacht, so hat der Beschwerte nach Böhm 68 dem Vermächtnißnehmer Früchte erst vom Zeitpunkte des Verzugs ab zu gewähren.

Ueberhaupt bewendet es bezüglich des Gattungs-, Wahl- und Verschaffungsvermächtnisses bei den allgemeinen Regeln. Hier muß der Bedachte den Beschwerten in Erfüllungsverzug setzen. Leske 1197 Anm. 8; Frommhold, Anm. 1 zu § 2184

§ 2185. Die Bestimmung des Erblassers, daß die von einem Vermächtnisse zu zahlende Steuer von den Erben zu berichtigen sei, verpflichtet nur zur Berichtigung der Erbschaftssteuer, nicht auch der Einkommensteuer. **RG.**SächsA. 9 135.

§ 2190. Um das Recht aus der Ersatzberufung auf seine Erben übertragen zu können, braucht der Ersatzbedachte nur den Erbfall, nicht auch den Fortfall des zunächst Bedachten erlebt zu haben. Leske 1184 Anm. 7.

Fünfter Titel.

Auflage.

§ 2192. Zu den hier zitirten Vorschriften ist der § 2175 hinzuzufügen. Wolff, Jherings J. **44** 353 f.

§ 2194. Die hier Genannten sind wirkliche Gläubiger des Beschwerten (vgl. auch § 219 Abs. 2 KO.), aber in fremdem Interesse, ähnlich wie der Versprechensempfänger im Falle des § 335 BGB. Ihre Gläubigerschaft ist inhaltlich dem Zwecke entsprechend beschränkt (z. B. auch keine Befugniß zum Erlaß), ist Treuhänderschaft im deutschen Sinne. Schultze, Treuhänder im gelt. bürg. Rechte 90 ff. (Vgl. o. Ziff. 5 vor § 164.)

Die Befugniß, die Vollziehung der Auflage zu fordern, ist nur eine formale, enthält ein das Vermögen des Berechtigten vermehrendes Forderungsrecht. Bendix, Privatr. 856.

§ 2195. Von Bedeutung bleibt die Entscheidung des OG. Wolfenbüttel, Seuff. A. **34** 457 ff. über Erbeinsetzung von pflichttheilsberechtigten Kindern mit einer an eine unmögliche Voraussetzung geknüpften Dispositionsbeschränkung.

Sechster Titel.

Testamentsvollstrecker.

§ 2197. 1. Der Testamentsvollstrecker. Begriff und rechtliche Stellung: Der Testamentsvollstrecker ist der dem Erben als Subjekt des Nachlasses kraft erblasserischen Willens bestellte Vertreter, welchem vom Testator, dessen Vertrauensmann er ist, eine mehr oder minder große Machtsphäre über den Nachlaß eingeräumt wurde. Arnold, Der Testamentsvollstrecker 26.

Der Testamentvollstrecker ist innerhalb der ihm zustehenden Rechtsmacht gesetzlicher Vertreter der Erben mit einzelnen Besonderheiten. Brettner, R. **00** 320 gegen Eccius, Gruchots Beitr. **43** 607 und Frommhold, Erbrecht 194. A. M. Planck V 380 Anm. 2, Förster, Sächs. A. **12** 141 ff. und die Rechtsprechung.

Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter der Erben, seine Stellung ist vielmehr als ein Amt zu betrachten, das er zu eigenem Rechte, aber in fremdem Interesse ausübt, und das natürlich kein öffentliches Amt ist. Er ist der vom Willen der Erben grundsätzlich unabhängige Träger der Rechte und Pflichten, die sich gemäß dem Willen des Erblassers und dem Gesetz aus der Vollziehung des Testaments ergeben. Von diesem Standpunkt aus ist der Vollstrecker, der gleichzeitig Miterbe ist, von der Vornahme der Erbtheilung mit Wirkung gegen und für die Erben ausgeschlossen, es sei denn, daß der Erblasser ein Anderes bestimmt habe. Mit dem Amte ist unvereinbar, daß es zu eigenen Gunsten ausgeübt werde, und daß derjenige, der fremde Interessen zu wahren berufen ist, im Interesse seiner selbst thätig werde. Insoweit wird er zur Ausübung seines Amtes unfähig, wie es der Richter wird, der in eigener Sache eine Urkunde aufnehmen soll. OLG. **4** 435 (KG.), KGBl. **02** 63, Seuff. A. **57** 462, KGJ. **24** A 106, RJA. **3** 101; ebenso OLG. **4** 437 (Colmar) und 122 (Hamburg).

Einen umfassenden Konstruktionsversuch des Instituts des Testamentsvollstreckers macht Sekt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. Er meint: das dem Institute der Testamentsvollstreckung zu Grunde liegende Prinzip ist — wie sich in seinem historischen Ausgangspunkte, der Verwendung des Treuhänders im Dienste letztwilliger Vergebungen, (1—10) zeigt — Anerkennung und Schutz des erblasserischen Interesses an der Durchführung des letzten Willens (20). Der Walter dieses ist der Testamentsvollstrecker. Mit der Lehre von der Stellvertretung, wie herkömmlich geschieht, ist die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nicht zu erklären (21 ff.). Weder (a) den verstorbenen Erblasser, noch (b) seine Erben, noch (c) den Nachlaß vertritt der Testamentsvollstrecker; denn (a) nur wer Rechtspersönlichkeit hat, nicht auch Verstorbene, können vertreten werden; (b) der Erblasser kann nur die

Schicksale seines hinterlassenen Vermögens bestimmen, nicht auch seinen Erben einen (sie persönlich verpflichtenden) Vertreter über ihren Kopf hinweg bestellen; (c) der Nachlaß ist kein Rechtssubjekt (20 ff.).

Der Fall des Testamentsvollstreckers ist vielmehr einer der zahlreichen anderen, wo der typische juristische Begriff des „Organs" — der zunächst im „Genossenschafts- bzw. Anstaltsrecht", d. i. im Rechte der juristischen Personen, seinen Platz hat, und darum auch hier am reinsten erkannt wird, — im Privatrechte seine Anwendung findet (21 ff.). Der Testamentsvollstrecker ist das Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers.

Andere Anwendungsfälle des Organbegriffs sind: der Konkursverwalter, Zwangsverwalter (RZwG. § 152), Fälle der §§ 58, 779, 848 CPO., Pfandhalter des BGB. (§ 1189), Pflegschaftsfälle (§§ 1912 ff., 1975 BGB.) (27). Das Gesetz bezeichnet in diesen Fällen vielfach die Stellung der betreffenden Personen als „Vertreter"; es folgt damit dem vulgären Sprachgebrauche, wie dieser jene Verhältnisse bezeichnet. Technisch ist die Bezeichnung unrichtig; eine juristische Konstruktion ist vom Gesetze nicht beabsichtigt und nicht darin zu erblicken.

Während neben oder besser hinter dem technischen (Stell-) Vertreter — gewillkürtem oder gesetzlichem — eine zweite willensfähige Person steht, deren Wille höchstens qualitativ von dem des Vertreters verschieden ist, hat das Organ einen technisch Vertretenen nicht hinter sich. Das Organ verwaltet nur und nimmt wahr ein bestimmtes Interesse. Ob diesem Interesse (weil es bedeutsam, dauernd, weiten Kreisen gemeinsam ist und zu seiner Realisirung eines Vermögensfonds bedarf: Fälle der fähigen juristischen Personen) Rechtsträgerschaft beigelegt ist oder nicht (die übrigen Fälle des Privatrechts), ist für den Begriff des Organs unerheblich.)

Das Organ, hier der Testamentsvollstrecker, wird thätig nicht auf Grund einer technischen Vollmacht, wie der technische Vertreter, sondern auf Grund einer Ermächtigung. Die Ermächtigung verleiht im Gegensatze zur Vollmacht (=relativer Begriff: Handeln mit persönlich verpflichtender Wirkung für einen Anderen) lediglich Rechtsmacht (=absoluter Begriff), Rechtsmacht auf dingliche Wirkung beschränkt (auf Wirkung für den Nachlaß). Das Organ übt sie in eigenem Namen aus. Darin (in negativo) kommen Vollmacht und Rechtsmacht überein — und dieser Sachverhalt gilt daher auch für die Ermächtigung des Organs, insbesondere des Testamentsvollstreckers —, daß die kraft ihrer vorgenommenen Rechtsgeschäfte in der Wirkung nie den Ermächtigten und sein Vermögen treffen und binden. Dies ist u. A. insbesondere wichtig für die Prozeßkostenhaftung im Falle der Prozeßführung durch den Testamentsvollstrecker (74). Vgl. auch Sturm, Die Lehre von dem Testamentsvollstrecker und Böhm 91.

2. Neben der Testamentsvollstreckung kann eine Nachlaßverwaltung nicht einhergehen. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung bewirkt nach § 1984, daß der Erbe die Befugniß, den Nachlaß zu verwalten, verliert. Beim Vorhandensein eines Vollstreckers hat der Erbe diese Verwaltungsbefugniß nicht, er kann sie also auch nicht verlieren, und mit der Unmöglichkeit der Wirkung entfällt auch die Möglichkeit der Anordnung. Brettner, R. **00** 320; a. A. Arnold a. a. O. 52 f.

Die Eintragung, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist (GBO. § 53), enthält eine Verfügungsbeschränkung und beeinflußt deshalb eine vorher eingetragene Vormerkung auf Auflassung (§§ 883, 892 BGB.). OLG. **1** 410 (KG.).

§ 2199. 1. Abs. 1 u. Abs. 2. Gleichgültig ist, ob der Testamentsvollstrecker direkt vom Erblasser oder von einem Dritten ernannt ist. Die Ermäch-

tigung dürfte nicht zulässig sein, wenn die Ernennung durch das Gericht erfolgt ist. **Leske** 1207 Anm. 1, **Cosack** II § 395 zu Anm. 3, **Meischeider** 468, 469, **Planck** V 388 Anm. 1 zu § 2199.

2. Abs. 2. Ob der gemäß § 2199 Abs. 2 bestimmte Nachfolger sich ebenfalls wieder einen Nachfolger bestellen kann, wird im Zweifel zu verneinen sein. **Leske** 1207 Anm. 1; a. M. **Meischeider** 469.

§ 2200. Abs. 1. Das Ersuchen braucht nicht ausdrücklich zu sein. Z. B. kann in der Bestimmung des Erblassers, daß keines Falles der Bedachte die Zuwendung verwalten solle, der stillschweigende Auftrag an das Gericht liegen, einen geeigneten Verwalter in Gestalt eines Testamentsvollstreckers einzusetzen. KGJ. **20** A 22; ebenso OLG. **4** 123 (KG.), auch OLG. **3** 117 (KG.).

§ 2201. 1. Nach **Marcus** a. a. O. 58 sollen die Nachlaßbetheiligten beim Vorliegen der Gründe des § 2227 berechtigt sein, die Berufung des Testamentsvollstreckers anzufechten und deren Annullirung zu verlangen; die Entscheidung trifft das Nachlaßgericht.

2. Entscheidend für die Fähigkeit zur Führung des Testamentsvollstreckeramts ist der Zeitpunkt, in welchem das Amt nach dem Willen des Erblassers anzutreten ist, also regelmäßig die Zeit des Erbfalls; die Zeit des Amtsantritts ist nicht entscheidend. So **Förster**, SächsA. **12** 138.

§ 2202. 1. Ehefrauen bedürfen zur Annahme des Testamentsvollstreckeramts nicht der Zustimmung des Ehemanns. **Marcus** 59.

2. Hat eine Frau das Amt des Testamentsvollstreckers übernommen, so steht ihrem Ehemanne kein Kündigungsrecht nach Analogie des § 1358 zu. **Leske** 1207. A. M.: **Frommhold** Anm. 4 zu § 2202, **Planck** V 393 Anm. 3 zu § 2202 (s. u. zu § 2226).

3. Die vor der Annahme des Testamentsvollstreckeramts über Nachlaßgegenstände, die während der Dauer des Vollstreckeramts der Verwaltung des Vollstreckers unterliegen, seitens des Erben getroffenen Verfügungen sind und bleiben wirksam, wenn eine Testamentsvollstreckung nicht eintritt; für den Fall ihres Eintritts aber sind sie — unbeschadet der Vorschriften zu Gunsten der gutgläubigen Dritten — unwirksam in der gleichen Weise, wie z. B. im Falle des Eintritts der Nacherbfolge die Verfügungen des Vorerben nach § 2113 BGB. unwirksam sind. **Märcker** (16) 158.

4. Abs. 2. Die Annahme oder Ablehnung des Amtes als Testamentsvollstrecker ist unwiderruflich. Die Erklärung erfolgt gegenüber dem Nachlaßgerichte. Deshalb hat ein Widerruf nach § 130 Abs. 1 BGB. Bedeutung nur dann, wenn er gleichzeitig oder vor der Erklärung der Behörde zugeht. **Appel**, DJZ. **00** 358/359, gegen Beschluß des KG. v. 29. 1. 1900.

5. Nach stillschweigender Sollvorschrift des Gesetzes ist die Erklärung über Annahme und Ablehnung des Amtes gegenüber dem Nachlaßgerichte schriftlich oder zu Protokoll abzugeben. So **Förster** a. a. O. 138 unten und 139 oben; vgl. auch a. a. O. 140 zu N. 8.

§§ 2203—2206. Der Testamentsvollstrecker hat die in den §§ 2203 bis 2206 bezeichneten Rechte nur im Zweifel. Die §§ 2203—2206 enthalten gesetzliche „Auslegungsregeln“ der Willensmeinung des Erblassers und nicht gesetzliche „Dispositivvorschriften“. So **Förster** a. a. O. 141, Einleitung und 142.

§ 2203. 1. Die gesetzliche Auslegungsregel des § 2203 erstreckt sich nicht auf alle letztwilligen Verfügungen; vgl. **Förster** a. a. O. 143 zu Anm. 1 und 166 Nr. 3. § 2203 giebt dem Testamentsvollstrecker die Befugniß zu denjenigen Handlungen, die zur unmittelbaren Vollziehung der letztwilligen Verfügungen erforderlich sind. Speziell die Berechtigung, zu diesem Zwecke Verfü-

gungen über Nachlaßgegenstände vorzunehmen und Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, läßt sich nicht aus den §§ 2205 und 2206 herleiten. So Förster a. a. O. 143—145. Dem Testamentsvollstrecker gebührt nur die Ausführung gültiger letztwilliger Verfügungen. Er kann über die Gültigkeit und den Inhalt der letztwilligen Verfügungen mit dem Erben prozessiren; beiden Theilen steht die Feststellungsklage zu. Der Testamentsvollstrecker hat nicht das Recht authentischer Interpretation des Testaments. Förster a. a. O. 145 letzter Absatz.

2. Nach Marcus a. a. O. 62 hat der Testamentsvollstrecker der letztwilligen Anordnung des Erblassers, daß Streitigkeiten über den Nachlaß nur von Schiedsrichtern entschieden werden dürfen, dadurch Geltung zu verschaffen, daß er in einem trotzdem vor den Staatsgerichten anhängig gemachten Prozeß über den Nachlaß als Hauptintervenient auftritt mit dem Antrage, den ordentlichen Rechtsweg auf Grund des Testaments für unzulässig zu erklären. A. A. Schloßmann, Iherings J. **37** 301 ff., bes. 319.

3. a) Nach Jaeger, Erbenhaftung 40 Anm. 14 vertritt der Testamentsvollstrecker, soweit sein Verwaltungsrecht reicht, den Erben als Subjekt eines Sondervermögens, des Nachlasses.

b) Nach Sturm, a. a. O. 15, 59 ff., 72 f. (vgl. jedoch auch 67) vertritt der Testamentsvollstrecker den Nachlaß zwecks Vollziehung des Willens des Erblassers. Nach Marcus, a. a. O. 57 hat der Testamentsvollstrecker ein Amt, dessen Geschäftskreis das Gesetz insoweit normirt, als nicht der Erblasser anders verordnet. (Vgl. auch oben zu § 181 Note d).

c) Nach Sturm erscheint die Stellung des Testamentsvollstreckers als eine zweifache, weil er einmal wie ein durch den letzten Willen berufener Güterpfleger den Nachlaß vertrete, dann aber auch, da der Nachlaß Eigenthum der Erben sei, als Verwalter eines fremden Vermögens erscheine (27 a. a. O.); vgl. auch Sturm, Iherings J. **44** 91 ff.

d) Der verwaltende Testamentsvollstrecker (gesetzlicher Normaltypus) hat ein eigenes, besonders geartetes, begrenztes, dingliches Recht am Nachlaß, er ist Treuhänder im deutschrechtlichen Sinne (vgl. o. Ziff. 5 vor § 164). Er ist also in den von ihm als solchem geführten Prozessen Partei. Er unterliegt daher auch selbst der Prozeßkostenpflicht, aber nicht unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur beschränkt im Umfange seines Rechtes am Nachlaß, in welchen letzteren nach § 748 CPO. auch wegen der Kosten ohne Weiteres die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte, Iherings J. **43** 64 ff.

Ueber die Befugniß des Erben, während der Testamentsvollstreckung über Maßnahmen des Testamentsvollstreckers die Entscheidung des Richters anzurufen, und über die Befugniß des Testamentsvollstreckers, Widersprüche des Erben gegen seine Maßnahmen durch richterliches Urtheil zu beseitigen, vgl. Sturm 69 ff., 74, Marcus, a. a. O. 62 f.

4. a) Ueber die Befugniß des Testamentsvollstreckers zur authentischen Auslegung des Testaments s. Böhm 19 Anm. 1, Marcus a. a. O. 62 f.

b) Ist dem Testamentsvollstrecker im Testamente die Befugniß zur authentischen Interpretation des Testaments beigelegt, so ist hierin nicht das Recht einbegriffen, unter eine völlig klare Testamentsbestimmung willkürlich einen Fall zu subsumiren, der an sich nicht darunter gehört. **RG. 14** 194.

5. Vgl. auch unten zu § 2212.

§ 2204. 1. Ueber die dem Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung unter mehreren Erben zukommenden Befugnisse vgl. Förster 147—149. Ein Rechtsstreit zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben darüber, ob ersterer befugt ist, den aufgestellten Auseinandersetzungsplan zu vollziehen, ist zu-

lässig. So Förster, a. a. O. 150 Abs. 2. Auch bei der Erbauseinandersetzung handelt der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter oder Beauftragter der Erben, sondern kraft eigenen, vom Erblasser verliehenen Rechtes, und zwar ist er, soweit der Erblasser für die Auseinandersetzung besondere letztwillige Anordnungen getroffen hat, von den Erben völlig unabhängig und an den ausgesprochenen Willen des Erblassers schlechterdings gebunden; im Uebrigen aber ist der einmüthige Wille der Erben in weitem Umfange für ihn maßgebend; dies ergiebt sich aus der „entsprechenden" Anwendung der §§ 2042—2056. Förster 150 unten und 151.

2. Abmachungen, welche die Erben über ihre Kollationspflicht getroffen haben, sind für den Testamentsvollstrecker bindend. Marcus, a. a. O. 63. Nach Marcus reicht die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur Anhörung der Erben über den Auseinandersetzungsplan vor dessen Ausführung nur soweit, als nicht die Auseinandersetzung durch testamentarische Anordnung geregelt ist; vgl. hierzu Sturm 71 f.

3. Das Nachlaßgericht als solches ist, abgesehen von dem Falle des § 2224 BGB., nicht befugt, materiell-rechtliche Entscheidungen über die Art der Nachlaßverwaltung oder die Art und Zeit der Auseinandersetzung zu treffen. Besteht in diesen Beziehungen Streit, so ist er auf dem ordentlichen Prozeßweg auszutragen. OLG. **3** 382 (KG.); ebenso HansGerZ. Beibl. **00** 120.

4. Auf einseitigen Antrag des Testamentsvollstreckers kann die Umschreibung eines Nachlaßgrundstücks auf einen der Miterben nicht erfolgen. Es ist vielmehr die Einigung der Miterben nachzuweisen. OLG. **2** 42 (KG.).

§ 2205. 1. Die Verwaltung des Nachlasses steht dem Testamensvollstrecker im Zweifel nicht als selbständiges Recht zu, wie die Ausführung der letztwilligen Verfügungen und die Bewirkung der Erbauseinandersetzung, sondern lediglich als Mittel zur Erfüllung dieser seiner beiden Hauptobliegenheiten. Vgl. Förster 152 Nr. 1. Die Verwaltung umfaßt den ganzen Nachlaß; aus § 2217 läßt sich eine Beschränkung des normalen Verwaltungsrechts nicht herleiten. (154 oben.) Der Testamentsvollstrecker erwirbt den Besitz der Nachlaßsachen nur nach allgemeinen Grundsätzen. Er kann aber die possessorischen Ansprüche, welche durch Verletzung des mit dem Erbfall auf den Erben übergegangenen Besitzes erwachsen, ohne Weiteres geltend machen, da diese Ansprüche Rechte sind, die seiner Verwaltung unterliegen, soweit § 2212 durchgreift. (154 Nr. 3.) Die §§ 2205 u. 2206 geben dem Testamentsvollstrecker nur die Befugniß, zu Verwaltungszwecken über Nachlaßgegenstände zu verfügen und zu Verwaltungszwecken Nachlaßverbindlichkeiten einzugehen. (154 Nr. 4 u. 155 oben.) Testamentsvollstrecker und Erbe können über die Verpflichtung des letzteren zur Ertheilung der Einwilligung in die Eingehung von Verwaltungsverbindlichkeiten und über die Gültigkeit der ohne Einwilligung eingegangenen Verwaltungsverbindlichkeiten mit einander prozessiren. (157 zu Anm. 3.)

2. Weicht der Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung von den gesetzlichen Vorschriften ab, obwohl er hierzu nicht ermächtigt ist und die Erben nicht zustimmen, so sind die von ihm getroffenen Verfügungen trotzdem gültig und der Testamentsvollstrecker bloß unter Umständen persönlich haftbar. Arnold a. a. O. 36 f.

3. Nach Marcus 65 kann der Testamentsvollstrecker auf Nachlaßrechte insoweit verzichten, als er Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen kann.

4. Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, durch Ausstellung einer Generalvollmacht Geschäfte dem von ihm Beauftragten zu übertragen. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **01** 3.

5. Das Grundbuchamt hat die Befugniß des Testamentsvollstreckers, seinem Mitvollstrecker Generalvollmacht zu geben, nicht nachzuprüfen. LG. Hamburg, HansGerZ. **01** 40.

6. Der Testamentsvollstrecker ist zum Antrag auf Ertheilung eines Erbscheins befugt. KG. R. 01 515, KGJ. 22 A 56.

7. In welcher Weise darf der Testamentsvollstrecker von seinem Besitzergreifungsrechte Gebrauch machen?

Wenn das Gesetz von einer Berechtigung des Vollstreckers, den Nachlaß in Besitz zu nehmen, spricht, so hat es dabei den Normalfall im Auge, daß der Besitz, gerade wegen des Vorhandenseins eines Testamentsvollstreckers, vom Erben noch nicht thatsächlich ergriffen worden ist. Obgleich der Erbe auch dann nach § 857 bereits Besitzer der Nachlaßsachen ist, ist der Testamentsvollstrecker in diesem Falle gemäß § 2205 in Verbindung mit § 858 dennoch zweifellos berechtigt, sich selbst in den Besitz derselben zu setzen. Hat der Erbe aber schon thatsächlich Besitz ergriffen, so kann der Testamentsvollstrecker die Befugniß, den Nachlaß in Besitz zu nehmen, nur in der Weise bethätigen, daß er die Einräumung des Besitzes vom Erben verlangt und nöthigen Falles im Klageweg erzwingt. Hier ist also zu unterscheiden, ob der Besitz des Erben lediglich auf der Fiktion des § 857 beruht oder vom Erben thatsächlich erlangt ist. Arnold a. a. O. 38 f. (s. o. Ziff. 1 zu § 858).

8. Die durch die Bestellung von Testamentsvollstreckern begründete Verfügungsbeschränkung der Erben wirkt diesen gegenüber und ebenso im Verhältnisse zu wissenden Dritten auch ohne Eintragung. Nur der öffentliche Glaube des Grundbuchs deckt die im Widerspruche mit den Rechten der Testamentsvollstrecker erfolgten Maßnahmen der Erben, die darum nicht minder unberechtigt sind. Danach sind die Testamentsvollstrecker auch ohne den Vermerk ihrer Rechte im Grundbuche, der nach § 53 GBO. von Amtswegen einzutragen ist, zu Verfügungen im Namen und für Rechnung der Erben ermächtigt. KG. PosMschr. 01 5.

9. Ueber die Frage, ob der Testamentsvollstrecker verpflichtet ist, nach Anordnung einer Nachlaßverwaltung dem Verwalter den Nachlaß herauszugeben, vgl. Hagen, Iherings J. 42 80—82.

§ 2206. 1. Zu Gunsten des Gläubigers muß die Eingehung einer Verbindlichkeit als zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich gelten, wenn der Gläubiger bei der Eingehung annehmen durfte, daß sie zu diesem Zwecke erfolge (Prot. II. 7515, V. 528). Leske 1211 Anm. 5. A. M. Meischeider 503.

2. Abs. 1. Diese Beschränkungen wirken auch gegen Dritte, so daß die Gefahr besteht, daß diese den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Vollstrecker zu vermeiden suchen werden. Mit Rücksicht hierauf wird dem Erben die Verpflichtung auferlegt, zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten seine Einwilligung zu ertheilen; dem Erben verbleibt jedoch die Befugniß, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen, da die ihm aufgedrängte Verpflichtung ihn nicht noch mit seinem Vermögen persönlich obligiren kann. Bendix, Privatr. 858 f.

Der Erblasser kann die Gültigkeit von Rechtshandlungen des Testamentsvollstreckers von der Genehmigung einer Behörde abhängig machen, vorausgesetzt, daß die Behörde nach öffentlichem Rechte zu solcher Mitwirkung befugt ist. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. 00 92.

§ 2208. 1. Das eine oder andere der in den §§ 2203—2206 normirten Rechte kann dem Testamentsvollstrecker ganz oder zum Theile fehlen. Er kann aber auch noch umfassendere Machtbefugnisse erhalten. Vgl. Förster 164 und 165 (vgl. o. zu den §§ 2203—2206).

2. Abs. 2. Dieser überwachende Testamentsvollstrecker hat ein eigenes Forderungsrecht zu treuer Hand auf Ausführung des letztwillig Verfügten, ähn-

lich den im § 2194 Bezeichneten. Schultze, Treuhänder (vgl. o. Ziff. 5 vor § 164 u. zu § 2194).

§ 2209. Die Befugniß zu Verwaltungsverfügungen regelt die allgemeine Vorschrift des § 2205. Die §§ 2211—2214 finden Anwendung. Förster 165 unten und 166 oben.

Ist dem Nießbraucher die Verwaltung nach Maßgabe der § 2209 gegeben, so hat er die Stellung als Testamentsvollstrecker. Hellwig, Rechtskraft 230.

§ 2211. Die Geschäfts= und Prozeßfähigkeit verliert der Erbe nicht. Hellwig, Anspruch 221.

Dem Erben wird die Dispositionsbefugniß hinsichtlich der Nachlaßgegenstände genommen, nicht die Dispositionsfähigkeit. Die §§ 2211 und 2214 erscheinen als Folge, nicht etwa als Grund der dem Vollstrecker eingeräumten Machtstellung Förster 157 zu 4 u. 5, 158.

§ 2212 (s. auch oben zu § 2203). 1. Der Testamentsollvstrecker führt die Aktivprozesse nicht als gesetzlicher Vertreter des Erben, sondern in eigenem Namen, kraft eigenen vom Erblasser verliehenen Rechtes, er ist selbst Partei. Der Erbe kann daher Zeuge sein, er kann auch als Nebenintervenient dem Prozesse beitreten und ist dann Streitgenosse des Testamentsvollstreckers im Sinne des § 62 der CPO. Förster 149 und 160.

Ebenso Bingner, SächsA. 5 620: In den Prozessen des Testamentsvollstreckers können die Erben als Nebenintervenienten auftreten. Streitigkeiten der Erben über Existenz und Umfang ihrer Erbrechte haben sie unter einander auszufechten. Böhm 101.

2. Der Testamentsvollstrecker ist der prozessualisch legitimirte Vertreter des Nachlaßsubjekts, was aber auf Seite des Erben nicht einen Mangel der Sachlegitimation zur Folge hat, vielmehr nur bewirkt, daß die Sachlegitimation des Erben ruht. Arnold a. a. O. 55 ff. (gegen Seuffert). Hinsichtlich des Erbschaftsanspruchs ist der Testamentsvollstrecker weder aktiv noch passiv legitimirt (62 ff.).

3. Die gesetzlichen Bestimmungen über die dem Testamentsvollstrecker im Prozesse zukommende Position sind beweiskräftig dafür, daß das die Grundlage der Prozeßlegitimation bildende Verwaltungsrecht dem Vollstrecker zu eigenem Rechte kraft des letzten Willens des Erblassers zusteht. Wie die Prozeßführung werden daher auch die sonstigen, dem Vollstrecker kraft des Verwaltungsrechts gebührenden Befugnisse (vgl. namentlich die §§ 2205 und 2206) von ihm im eigenen Namen und nicht in Vertretung des Erben ausgeübt. Förster 163 Nr. 9 und 164 oben.

4. Ueber die Frage, ob der Testamentsvollstrecker Prozesse, in welchen das Erbrecht als solches den Streitgegenstand bildet, führen kann, enthält das BGB. keine ausdrückliche Bestimmung. Durch die Nichtaufnahme einer speziellen Vorschrift soll dem Testamentsvollstrecker die Legitimation zur Führung von Erbrechtsstreitigkeiten aberkannt sein. Förster 162 Nr. 8 und 163.

A. M. RG. 9 211. Der Testamentsvollstrecker ist zur Vertretung des Testamentserben auch bei Streitigkeiten über das Erbrecht befugt. Ein solches Geschäft liegt recht eigentlich innerhalb der Funktionen des Testamentsvollstreckers; denn er hat ja gerade die Geltung des Testaments zum Besten der in ihm Bedachten möglichst gegen Anfechtungen zu sichern und die hierüber entstehenden Prozesse zu führen.

Ähnlich **RG. 16** 139. Es liegt schon im Begriffe des Rechtsinstituts der Testamentsvollstrecker, daß der Testamentsvollstrecker den Inhalt des Testaments vertreten, die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung bringen, insbesondere dafür sorgen muß, daß jeder Bedachte erhält, was der Erblasser ihm zuwenden will, die Erb=

lasserin hat aber den Beklagten auch noch besonders die Vollmacht und den Auftrag ertheilt, ihren Nachlaß nach Maßgabe ihrer letztwilligen Bestimmungen zur Vertheilung zu bringen. Mit dieser ihrer Aufgabe und Stellung setzen sie sich in Widerspruch, wenn sie die Erbeinsetzung angreifen und damit das Testament selbst und in der Folge ihre eigene Berufung in Frage stellen; sie handeln hiermit nicht mehr als Vollstrecker des Testaments, sondern unmittelbar gegen das Testament und den Willen der Erblasserin, welche sie zur Ausführung ihrer letztwilligen Verfügung berufen hat; für sie ist die im Testamente genannte Erbin die rechte Erbin. Rechte der ohne das Testament Sukzedirenden haben sie in keiner Weise zu vertreten.

§ 2213. 1. Nach Marcus 74 f. ist der Testamentsvollstrecker in Prozessen über die Gültigkeit des Testaments aktiv und passiv legitimirt, ohne daß das Urtheil für und gegen die Erben wirkt. Ebensowenig wie in Prozessen über Pflichttheilsansprüche ist der Testamentsvollstrecker in solchen über Erbschaftsansprüche legitimirt (ebenso Sturm 71); stehen aber Erbrecht und Erbquoten fest, so ist etwaiger Streit über die Erbsonderung (Nachlaßtheilung, Kollationspflicht) mit dem Testamentsvollstrecker zum Austrage zu bringen.

2. Die Urtheile gegen den vom Erbenvermögen separirten Nachlaß aus einer gegen den Erben angestellten Klage haben weder Rechtskraft- noch Vollstreckungswirkung, solange der Testamentsvollstrecker die Verwaltung hat (CPO. § 748). Hellwig, Anspruch 221.

3. Die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers gegenüber Ansprüchen, die sich gegen den Nachlaß richten, ist nur gegeben, wenn seiner Verwaltung der ganze Nachlaß unterliegt; diesenfalls ist der Vollstrecker aber auch — soweit es sich nicht um Pflichttheilsansprüche handelt — unbedingt und ohne jede Beschränkung passiv legitimirt. Auch die Führung der Passivprozesse gebührt dem Testamentsvollstrecker zu eigenem Rechte und im eigenen Namen, er ist auch hier nicht Vertreter des Erben. Das Urtheil gegen den Testamentsvollstrecker stellt die Verbindlichkeit als Verbindlichkeit des Erben und nicht bloß für den Umfang des Nachlasses fest. Förster a. a. O. 160 unten und 161.

4. Satz 3. Der hier bezeichnete Pflichttheilsanspruch begreift nicht nur den Fall in sich, daß ein Pflichttheil zuwider einer entgegenstehenden besonderen letztwilligen Verfügung gefordert wird, sondern im weiteren Sinne jeden Fall, in welchem der Pflichttheil verlangt wird. RG. **50** 225.

5. Die Frage über das Bestehen eines Pflichttheilsanspruchs kann nur zwischen dem Pflichttheilsberechtigten und dem Erben zum Austrage gebracht werden, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht; was zwischen diesen beiden entschieden wird, ist res iudicata. Und wenn trotz des Obsiegens auch noch der Vollstrecker wegen Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß belangt werden muß (§ 748 CPO.), so geschieht dies nicht wegen seines amtlichen Interesses oder seiner Rechtsstellung, sondern weil der verurtheilte Schuldner und Eigenthümer des Nachlasses diejenigen Vermögensstücke, an welche sich der Gläubiger halten will, nicht besitzt, diese vielmehr der thatsächlichen Gewalt des Vollstreckers unterliegen; der Vollstrecker hat aber nicht, wie Bunsen, Buschs Z. **26** 270, alle gegen den Pflichttheilsanspruch zulässigen Einwendungen, insbesondere nicht, daß der Anspruch zu Unrecht gegen den Erben erstritten sei. Brettner, R. **00** 321 f.

Ebenso Sturm 79: Wenn sich der Pflichttheilsberechtigte zu seiner Befriedigung auch an den der Testamentsvollstreckung unterworfenen Nachlaß halten will, so muß er den Testamentsvollstrecker, der die Verwaltung führt, neben dem Erben verklagen, dahin, daß er die Vollstreckung aus dem Nachlasse sich gefallen läßt.

6. Von dem gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Urtheile kann sich der Gläubiger noch während der Dauer der Verwaltung eine Ausfertigung gegen den Erben ertheilen lassen und auf Grund derselben die Zwangsvollstreckung in das nicht zum Nachlasse gehörende Vermögen des Erben betreiben, sofern dieser die Beschränkung seiner Haftung verloren hat. Strohal 161 Anm. 22; Planck 411 Anm. 1a Abs. 3. A. M. Endemann III § 54 z. Anm. 30; Frommhold, Anm. 4 zu § 2213.

7. Hat der Nachlaßgläubiger seinen Anspruch gegen die Erben gerichtlich geltend gemacht und ein rechtskräftiges Urtheil erstritten, so kann er seinen Anspruch gegen die Testamentsvollstrecker nur dahin richten, daß diese die Zwangsvollstreckung in die ihrer Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulden. OLG. **3** 12 (KG.).

§ 2214. Daraus ergiebt sich, daß der Testamentsvollstrecker gegenüber einem Eigengläubiger des Erben nicht verurtheilt werden kann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaß. Arnold a. a. O. 55, 54 Note 15.

§ 2215. Ueber Streitigkeiten zwischen Testamentsvollstrecker und Erben hinsichtlich der Inventarisirung soll nach Marcus 72 das Nachlaßgericht entscheiden. Ebenso Arnold a. a. O. 45 f. — Vgl. auch o. zu § 2012.

§ 2216. Abs. 2. Die Möglichkeit der Anfechtung des Testaments bildet nicht eine Gefährdung des Nachlasses als solchen. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **01** 74.

§ 2217. Die Vorschrift des Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn die Verwaltung des Nachlasses dem Testamentsvollstrecker als selbständige Aufgabe im Sinne des § 2209 zugewiesen ist. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob ihm die Verwaltung des ganzen Nachlasses oder nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände gebührt. Die Vorschrift setzt voraus, daß die „offenbare" Entbehrlichkeit von Nachlaßgegenständen für die Erfüllung der Obliegenheiten des Testamentsvollstreckers bei Beginn des Vollstreckeramts noch nicht besteht, sondern erst im Laufe der Verwaltung hervortritt. Förster a. a. O. 171.

§ 2218. Abs. 1. 1. Durch die Vorschrift des Abs. 1 ist das Verhältniß zu den Erben nicht als Auftrag konstruirt, zumal die Hauptnormen der Auftragslehre fehlen. Ist die Vertretung der Erben im Gesetz abgelehnt, so kann kein Auftrag der Erben existiren. Das Institut ist kein Vertrag, sondern ein „positives Institut". Vgl. Sturm, Lehre von den Testamentsvollstreckern 86.

2. Daraus, daß für die Pflichten des Testamentsvollstreckers gewisse für den Auftrag geltende Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt werden, läßt sich für die dem Vollstrecker zukommende Rechtsstellung nichts folgern. Vgl. Förster 170 unten und 171 oben.

3. Ein von dem Testamentsvollstrecker in Unkenntniß von der Beendigung seines Amtes begonnener Prozeß wirkt nach CPO. § 327 gegen den Erben. Hellwig, Rechtskraft 413.

§ 2219. 1. Nach Marcus 72 f. kann der Testamentsvollstrecker vom Erben Rechnungsabnahme, Quittung und Decharge — bei länger dauernder Verwaltung jährlich — fordern.

2. Den Auflagenempfängern und Nachlaßgläubigern haftet der Testamentsvollstrecker nicht unmittelbar. Vgl. Förster 172 III.

§ 2221. Nach Sturm, DNotVZ. **01** 415 empfiehlt es sich, Taxen einzuführen. Die Taxe des Konkursverwalters sei zu hoch, es sei nicht recht würdig, daß der Testamentsvollstrecker mit den Erben handeln oder gar klagen müsse. Das Beste freilich sei immer, der Testator bestimme selbst die Vergütung.

§ 2223. Es soll im konkreten Falle Sache der Auslegung des Testaments sein, ob der Testamentsvollstrecker auch in Ansehung der Beschwerungen eines Vermächtnißnehmers seines Amtes zu walten hat; eine gesetzliche Vermuthung hierfür besteht nicht. Förster 166 Nr. 3.

§ 2224. 1. Abs. 1 Satz 1. Die Anordnung des Nachlaßgerichts schlichtet lediglich die Meinungsverschiedenheiten der Testamentsvollstrecker, ist aber auf die Rechte Dritter, z. B. Erben, Legatare, Gläubiger, ohne jeden Einfluß. OLG. **1** 196 (Hamburg), HansGerZ. Beibl. **00** 149.

2. Mit Ausnahme des im § 2224 vorgesehenen Falles ist das Nachlaßgericht als solches nicht befugt, materiell=rechtliche Entscheidungen über die Art der Nachlaßverwaltung oder die Art und Zeit der Auseinandersetzung zu treffen. Streitigkeiten hierüber sind vielmehr auf dem ordentlichen Prozeßweg auszutragen. OLG. **3** 382 (KG.) (vgl. o. Ziff. 3 zu § 2204).

3. Sind mehrere Testamentsvollstrecker ernannt und von dem Erblasser hinsichtlich der Führung des Amtes von der Vorschrift des § 2224 abweichende Anordnungen getroffen worden, so ist dies in dem Zeugniß anzugeben. Als Wille des Gesetzgebers ist anzusehen, daß der Inhalt des Zeugnisses die Legitimation des Testamentsvollstreckers klarstellen und ein Zurückgehen auf das Testament nach Möglichkeit erübrigen soll. KGJ. **22** A 269.

§ 2226. Das von der Ehefrau übernommene Testamentsvollstreckeramt kann nicht vom Ehemanne nach § 1358 gekündigt werden. Marcus 59 (s. o. Ziff. 2 zu § 2202).

§ 2227. 1. Eine vor dem 1. 1. 1900 eingetretene Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers kann im ordentlichen Prozesse geltend gemacht werden, sofern die früheren Gesetze den ordentlichen Rechtsweg anerkannten. **RG.** DJZ. **00** 301; JW. **00** 466. A. A. KG. KGBl. **00** 20.

2. Zu wichtigen Gründen zählt Marcus 59 jedenfalls die Indignitätsgründe des § 2339. Ist Konkurseröffnung über das Vermögen des Testamentsvollstreckers ein wichtiger Grund? Bejaht von Fischer=Henle, im Prinzipe verneint von Sturm 89; Marcus will nach den Umständen des Falles entscheiden. Auch eine zeitweilige Erhebung des Testamentsvollstreckers von seinem Amte hält Marcus für zulässig.

Siebenter Titel.

Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

§ 2229. 1. Abs. 2. Ein vor Vollendung des 16. Lebensjahrs errichtetes Testament erlangt auch dadurch, daß der Testator das vorgeschriebene Alter erreicht, keine Wirksamkeit. Süßheim, Altersstufen, Gruchots Beitr. **45** 63.

2. Abs. 3. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller bezeichnen es als „monströs", daß die widerruflichen Testamente an strenge Formen gebunden sind, während die unwiderruflichen Erbverträge keiner Form bedürfen. Mit diesem Widerspruch kann der Widerspruch zwischen der Vorschrift des § 2229 Abs. 3 und der des § 2275 Abs. 2 verglichen werden. Es kann nämlich der Ehegatte oder Verlobte, der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, das — widerrufliche — Testament nicht errichten, wohl aber den — unwiderruflichen — Erbvertrag. Mit Endemann, Einf. 253 ist anzunehmen, daß der Bundesrath, nachdem er die Vorschrift des § 2275 Abs. 2 eingefügt hat, verabsäumt hat, die Bestimmung des § 2229 Abs. 3 analog umzugestalten. Bocchalli, Ausnahmen v. Vertretungsprinzip 43, 44.

§ 2231. Ziff. 2. Eigenhändiges Testament. 1. Das eigenhändige Testament unterliegt trotz der Vortheile, die es zu bieten scheint, mehrfachen

Nachtheilen, die einer Einbürgerung dieser Testamentsform im Wege stehen und ihre Anwendung in allen wichtigen Fällen widerrathen lassen. Zunächst sind die Formvorschriften, die jeden Verstoß mit Nichtigkeit bedrohen, keineswegs einfach (s. § 2267), sodann ist die Vorschrift des § 2360 Abs. 2 hinderlich, da ein Erbschein hier erst nach Anhörung der Interessenten ertheilt werden soll, und endlich ist sehr erschwerend die Vorschrift des § 36 Reichsgrundbuchordnung, wonach es zu jeder Eintragung in das Grundbuch auf Grund nicht öffentlicher Urkunden erst noch eines Erbscheins bedarf. Eichhorn, DNotV3. 1 241 ff.

2. Beim eigenhändigen Testamente müssen Ort und Tag über der Unterschrift stehen, so daß sie durch die letztere gedeckt sind. Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht (13) Th. I 168 Anm. 7a. A. A. KG., R. **01** 173 Nr. 543, auch Eichhorn a. a. O.

Die Unterschrift des eigenhändigen Testaments muß der Angabe des Ortes und Tages nicht unter allen Umständen räumlich nachfolgen. Das Datum ist keine Willenserklärung, für die das Gesetz die Schriftform verlangt und deshalb Rechtswirksamkeit nur insoweit zuläßt, als sie durch die Unterschrift des Erklärenden räumlich abgeschlossen werden. Es genügt vielmehr, wenn die äußere Zusammengehörigkeit des Datums mit der letztwilligen Erklärung erkennbar ist. **RG. 52** 277; ebenso OLG. **2** 135 (KG.).

3. Die Angabe des Tages muß in genauer Datirung bestehen, doch kann diese auch in Zahlen erfolgen. Eichhorn a. a. O.

4. Das beigefügte Datum bringt im Uebrigen keinen Beweis dafür, daß die Urkunde wirklich an dem angegebenen Tage errichtet ist (zumal sonst entmündigte Verschwender ein Mittel hätten, das Testament vorzudatiren), vielmehr muß, wenn der Zeitpunkt von Erheblichkeit ist, der Beweis — vorbehaltlich freier Beweiswürdigung des Gerichts — anderweit geführt werden (Jastrow, Th. I 168 Anm. 7 c).

Die Datirung des Testaments muß der Wahrheit entsprechen. Denn das Erforderniß der eigenhändigen Datirung beruht auf der Bedeutung, welche die Zeit der Errichtung mit Rücksicht auf die persönliche Testirfähigkeit sowie mit Rücksicht auf etwaige andere letztwillige Verfügungen des Testators für die Rechtswirksamkeit des Testamentes haben kann. Dem entspricht aber das Erforderniß auch der Richtigkeit des Datums. Insbesondere kann die Frage der formellen Gültigkeit des eigenen Testaments nicht von Umständen abhängig gemacht werden, die außerhalb desselben liegen. **RG. 51** 166, JW. **01** 814 u. 39.

Bei doppelt datirten holographischen Testamenten gilt nach Mantey a. a. O 652 Anm. 15 das unrichtige Datum als nicht geschrieben.

Ueber Datirung eines an mehreren Tagen niedergeschriebenen holographischen Testaments vgl. Mantey a. a. O. 652 f. Nach Brock a. a. O. 56 ist auch mehrfache Datirung der verschiedenen Abschnitte zulässig, wenn die Unterschrift sich deutlich auf alle erstreckt. Nicht erforderlich ist, daß der Testator Ort und Datum gleichzeitig mit der Unterschrift des Textes unter die Urkunde setzt KG. OLG. **2** 135. Ueber die für nachträgliche Zusätze und Wegstreichungen eines holographischen Testaments erforderliche Form vgl. Mantey a. a. O 653 f.

5. Eine Herstellung des eigenhändigen Testaments mit der Schreibmaschine ist unzulässig (Jastrow a. a. O. Anm. 8).

6. Die Formen des eigenhändigen und die des öffentlichen Testaments können mit einander verbunden werden, indem man ein eigenhändiges Testament gerichtlich oder notariell übergiebt. Dies hat zur Folge, daß trotz eines Fehlers in der einen Form das Testament in der anderen Form bestehen bleibt. Jastrow, Th. I 168 Anm. 11.

7. a) Ueber die Testamente Tauber und Blinder s. Böhm 114 f. Blindenschrift vgl. Neumann, Handausg. N. II 1 b.

b) Der Testator hat hinsichtlich Sprache und Schrift des schriftlich übergebenen oder holographischen Testaments freie Wahl; ob Zeichenschrift (Stenographie) genügt, ist Thatfrage. Strohal 22, Böhm 111, Träntner, SächsA. **7** 349, 354.

c) Testamente können auch in irgend einer Stenographie oder anderen „Kunstschrift" (Geheimschrift, Blindenschrift, Lautschrift u. s. w.) abgefaßt werden, da das Gesetz über die Art der Schrift nichts vorschreibt (daher ebenso für §§ 126, 127 zu entscheiden). Es ist nur eine Beweisfrage, ob der Inhalt des Testaments für die richterliche Ueberzeugung genügend, event. durch Sachverständige, festgestellt werden kann. Dagegen ist im § 43 HGB. unter „Schriftzeichen einer lebenden Sprache" nur die historisch entstandene, von den Angehörigen einer Sprache allgemein zu deren Wiedergabe benutzte „Volksschrift" verstanden, daher die kaufmännische Buchführung, die Stenographie z. B. noch ausgeschlossen. Johnen, Die Wacht, Ztschr. f. Stenographie **99** 300, 469.

8. Als Ort ist derjenige Ort gemeint, an dem die Erklärung vollzogen ist Eichhorn a. a. O.

Die Ortsangabe muß von dem Erblasser selbst geschrieben sein. OLG. **3** 377 (KG.).

Die Angabe des Wohnorts des Erblassers ersetzt aber nicht die des Ortes der Testamentserrichtung, weil dies verschiedene Orte sein können. OLG. **5** 349 (KG).

Ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament ist nur dann gültig, wenn die Angabe über den Ort der Errichtung den Ort bezeichnet, an welchem die Niederschrift thatsächlich erfolgt ist. RG. **51** 166, JW. **02** Beil. 232, Seuff. A. **58** 25. A. A. KG. N. **02** 321, OLG. **4** 424, Seuff. A. 58 23, KGJ. **27** A 45, RJA. **3** 70, CBlFrG. **3** 61.

Daß die Angabe des Ortes und der Zeit der Errichtung der Wahrheit entspricht, also diejenige ist, an welchem die Errichtung vorgenommen ist, ist nicht erforderlich. Unrichtige Orts- und Zeitangaben bewirken für sich allein noch nicht Nichtigkeit des eigenhändigen Testaments. Die Angabe des Ortes und des Tages muß nur dem Willen des Erblassers entsprechen und muß eine dem Orte und der Zeit nach rechtlich mögliche sein. Leske 1234, Strohal 61, Cosack II Anm. 2 zu § 353, Planck V 440 Anm. 4 d zu § 2231, Weißler 157, Meyer, Erbr. 158, Tränkner, SächsA. **7** 354. A. M.: Endemann III § 27 Anm. 16, Frommhold 216 Anm. 2 b zu § 2231, Mantey, Gruchots Beitr. **43** 641 ff.

Das Kammergericht ist der Ansicht, daß, wenn auch § 2231 die Angabe der richtigen Zeit und des richtigen Ortes bei dem Privattestamente verlangt, doch das Datum als ein richtiges anzusehen sei, wenn der Testator es als das seiner Willenserklärung gelten lassen wolle. Es kann, so meint es, dem Testator nicht verwehrt werden, einen späteren Tag im Testament anzugeben, wenn es sein Wille ist, daß das Testament erst von diesem Tage an als sein Testament gelten solle. Ebenso verhält es sich mit dem Orte der Errichtung des Testaments. Auf den wirklichen Tag und den wirklichen Ort der Errichtung kann es allerdings dann ankommen, wenn an diesem Orte oder zu dieser Zeit das Testament so nicht errichtet werden konnte. OLG. **4** 424 (KG.), KGJ. **24** A 45. Dagegen die Entscheidungen des RG. nach franz. Civilrecht 7 292; **12** 315; **29** 328 und RG. **43** 378, JW. **02** Beil. 232, CBlFrG. **3** 26, Schlesw.-Holst. Anz. **02** 292; RG. **51** 166.

Die dem eigenhändigen Testamente wesentliche Angabe des Ortes und

Tages hat zum Gegenstande nicht den Ort und Tag der Testamentserrichtung, da diese an verschiedenen Orten und Tagen vollzogen sein kann. Sie hat zum Gegenstande den Ort und Tag, an dem sie selbst und damit ein Stück der Testamentserrichtung vollzogen wurde. Die Datirung, und ebenso die Unterzeichnung, ist, da sie nicht zuletzt erfolgen muß, nicht nothwendig der thatsächliche Abschluß der Testamentserrichtung. Der Tag der vollzogenen Datirung gilt aber als der Tag, an dem die Testamentserrichtung abgeschlossen wurde. Der Testator, der ein anderes Stück der Testamentserrichtung erst nach der Datirung vollzogen hat, ohne diese durch eine neue zu ersetzen, hat seinem letzten Willen nicht die umfassendere Geltung eines erst zu dieser späteren Zeit fertig gewordenen, sondern nur die weniger umfassende Geltung eines zur Zeit der vollzogenen Datirung fertig gewordenen verliehen. Hölder, Iherings J. **41** 303 ff.

9. Nach Strohal 19 Anm. 3, Tränkner, SächsA. **7** 354, Eichhorn, Testament 105 f. machen Ungenauigkeiten, selbst Unrichtigkeiten im Datum das holographische Testament noch nicht nichtig. Das Gegentheil nimmt Mantey, Gruchots Beitr. **43** 641 f. an; ebenso Meischeider, Letztwillige Verfügungen 31 f., jedoch mit der Einschränkung, daß, wenn die unrichtige Angabe im Datum auf Irrthum beruht, und sich dies sowie das richtige Datum aus der Testamentsurkunde selbst ergiebt, Nichtigkeit des Testaments nicht eintritt. So auch Brock, Das eigenhändige Testament (Preisschrift) 84 und Nölder, Iherings J. **41** 303 ff.

10. a) Der ganze Kontext muß vom Erblasser eigenhändig geschrieben sein. Brock, Das eigenhändige Testament 75.

Zusätze von fremder Hand, die mit Wissen und Willen des Erblassers zugefügt sind, bewirken die Nichtigkeit des Testaments. Leske 1234, Endemann III § 27 Anm. 8, 9, Meischeider 30, 31, Frommhold 216 Anm. 2 b zu § 2231, Brock, Das eigenhändige Testament 75, 76, Meyer, Erbrecht 159. A. M. Cosack II § 353 N. 2, Planck V 438 b, Wilke, Erbrecht Anm. 4 e zu § 2231, anscheinend auch Jastrow I 168 Anm. 8 b zu § 2231.

Das Testament muß vollständig geschrieben sein; fremde Unterstützung macht es nichtig. OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **33** 243.

b) Eigenhändige Korrekturen und Ausstreichungen machen das Testament nicht ungültig; ebensowenig fremde Bestandtheile, die ohne Willen und Wissen des Testators hinzugesetzt oder eingerückt worden sind. Brock a. a. O. 76. Die Wahl des Materials zur Aufnahme des Testaments, sowie der Sprache und Schriftart steht dem Testator frei; quaestio facti ist, ob wirklich animus testandi vorliegt. Brock, a. a. O. 77 f. Aufzeichnung vermittelst Schreibmaschine ist ungültig, weil bei ihr das „individuelle" Moment der Schrift fehlt. Brock a. a. O. 79.

11. Die Namensunterschrift braucht nicht durchaus Vor- wie Geschlechtsnamen anzugeben, sie braucht auch nicht nothwendig mit dem Geburts- oder Taufnamen übereinzustimmen: sog. „gegebene" Namen sind zulässig. Zweifel aus einer etwaigen kurzen Namensfertigung über die Identität des Testators betreffen die Beweis-, nicht die Formfrage. Brock a. a. O. 797. Nach Eichhorn dagegen muß die Unterschrift mit dem richtigen bürgerlichen Namen bewirkt werden.

Einem fertigen Testamente später beigefügte, nicht formgerecht unterschriebene Zusätze beeinflussen die Gültigkeit des formgerechten Theiles nicht. Ist das Unterschriebene, sowie das Nichtunterschriebene uno actu geschrieben, so gilt der unterschriebene Text nur, wenn festgestellt wird, daß der Testator denselben sichern und von der Vollendung der übrigen Niederschrift unabhängig machen wollte. Brock a. a. O. 817.

12. Zur gültigen Errichtung eines Privattestaments ist nicht erforderlich,

daß es in deutscher Sprache verfaßt wird. Das Gesetz stellt vielmehr bezüglich der Sprache, in welcher ein derartiges Testament zu errichten ist, kein Erforderniß auf. KGJ. 22 A 49.

13. Das eigenhändige Privattestament ist nichtig, wenn die Ortsangabe vorgedruckt ist. KG. RJA. 2 61, DNotVZ. 01 349, Eichhorn a. a. O.

14. Jeder Zusatz muß besonders unterschrieben werden. Eichhorn a. a. O. Vgl. Eichhorn, Die Nachtheile des eigenhändigen Testaments. DNotVZ. 01 241.

§ 2233. Die Zuziehung eines Notars oder zweiten Richters an Stelle des Gerichtsschreibers oder eines Richters an Stelle des zweiten Notars bei der Testamentserrichtung ist ausgeschlossen. Tränkner, SächsA. 7 346, Böhm 108.

§§ 2234, 2235. Wie die Fähigkeit zur Errichtung von letztwilligen Verfügungen nur zur Zeit der Errichtung vorhanden sein muß, so braucht die Fähigkeit der Zeugen zur Mitwirkung auch nur zur Zeit der Errichtung vorhanden zu sein. Ein später eintretender Mangel beeinflußt die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung in keiner Weise; wenn z. B. ein Testamentszeuge nach der Testamentserrichtung die Erbin heirathet, so wird die Erbeinsetzung dadurch nicht nichtig. Tang, BayrNotZtg. 00 53.

§ 2235. 1. Nach Marcus 59 ist auch der mit Honorar eingesetzte Testamentsvollstrecker von der Mitwirkung bei Errichtung des Testaments als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge nicht ausgeschlossen. A. M. Tränkner, SächsA. 7 348; Fischer-Henle, Sturm 93, wenn das Honorar die Grenzen des Ueblichen überschreitet; zweifelnd Böhm, Erbrecht 109; Meyer, Seuff. Bl. 63 201.

2. Bedacht i. S. dieser Vorschrift ist derjenige, welchem durch eine letztwillige Zuwendung ein selbständiger Anspruch auf einen Vermögensvortheil erwächst (Planck, Vorb. Nr. 2 zu Buch 5 Abschn. 3). Zu den in diesem Sinne Begünstigten gehört z. B. nicht der zum Testamentsvollstrecker Ernannte. Viel allgemeiner ist § 171 Nr. 1 RFrGG., wonach eine Urkundsperson nicht mitwirken kann, zu deren Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird, d. h. der ein Recht eingeräumt wird. KGJ. 24 A 6.

3. Als bedacht im Sinne des § 2235 wird derjenige angesehen, dem durch Erbeseinsetzung oder Vermächtniß ein Vortheil zugewendet ist (§ 2087). Werner, „Zu Gunsten" und „bedacht", DNotVZ. 01 258 ff.

§ 2237. 1. Fähig, als Testamentszeugen zugezogen zu werden, sind wegen Verschwendung oder Trunksucht Bevormundete, Analphabeten, die ihren Namen schreiben können, Ausländer, Frauen; Böhm, Erbrecht 109, 110 f., 113; Tränkner, SächsA. 7 347; Hachenburg, Vorträge 106; nur Wahrnehmungsunfähige können nicht als Zeugen zugezogen werden. Meyer, Seuff. Bl. 63 201 f., 203; Bendix, Privatr. 822.

2. Der Ausdruck Gehülfe ist im weitesten Sinne zu nehmen; vgl. Oertel, Das Gemeindetestament 11.

§ 2238. 1. Unterzeichnung oder Datirung des schriftlich übergebenen Testaments durch den Testator ist nicht erforderlich. Böhm a. a. O. 111; Tränkner, Sächs.A. 7 348.

Auch der Schreibensunfähige kann durch Uebergabe einer Schrift testiren, wenn er Geschriebenes lesen kann. Böhm a. a. O. 113, 114. S. auch o. Note 7a zu § 2231.

Das Erforderniß der „Mündlichkeit" bei Erklärung des letzten Willens hat allerdings zur Folge, daß der Erblasser mit seinem Munde erklären muß, was sein letzter Wille sein soll. Erklärungen auf schriftlichem Wege oder mittelst Zeichen (Geberden, Kopfnicken u. s. w.) sind unzulässig. Nicht erforderlich ist aber, daß der Erblasser alle Worte, die seinen letzten Willen enthalten, selbst

spricht. Der Verkehr darf vielmehr in Rede und Gegenrede, in Fragen und Antworten erfolgen. Hierbei braucht nur der Erblasser mündlich sich zu äußern. Richter und Notar dürfen ihre Fragen, namentlich bei Tauben, schriftlich stellen. Die Antwort: „Ja"! hat auch in diesem Falle die Bedeutung, daß der Inhalt des Bejahten als mündlich erklärt gilt. Jastrow I 173 Anm. 5.

Es ist zulässig, mehrere Schriften zu übergeben, sowie in denselben Akten neben der Uebergabe einer Schrift auch durch mündliche Erklärung zu testiren. Unzulässig ist dagegen, bei der mündlichen Erklärung des letzten Willens diesen durch beigefügte Protokoll-Anlagen (z. B. Verzeichnisse) zu ergänzen (I 174 Anm. 8).

2. Die Errichtung eines Testaments durch Uebergabe einer Schrift kann nicht durch Zeichen geschehen. Deshalb ist eine letztwillige Verfügung, die nach ihrer Verlesung und auf die Frage, „ob es recht sei", lediglich durch Kopfnicken des Testirers bestätigt worden ist, nicht aber durch Worte des Inhalts, daß solche seinen letzten Willen enthalte, wegen Nichteinhaltung der Form des § 2238 Abs. 1 nichtig. OLG. 2 448 (Stuttgart), Seuff. A. 56 460.

A. A. nach Preuß. Rechte RG. 31 228: danach ist es dem Richter bei der Aufnahme letztwilliger Verfügungen ebenso wie bei der Aufnahme anderer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Pflicht gemacht, auf eine zuverlässige Ermittelung, also auch auf eine zuverlässige Aeußerung der Willensmeinung des Erklärenden hinzuwirken. Eine zuverlässige Willensäußerung liegt aber (nach § 57 I. 4 ALR.) nicht allein vor, wenn die Erklärung durch Worte, sondern auch dann, wenn sie durch andere deutliche Zeichen zum Ausdrucke gebracht ist. Das Nicken mit dem Kopfe ist ein deutliches Zeichen für eine bejahende Antwort.

3. Abs. 2. Jastrow (I 175 Anm. 13 u. 189 § 2247 Anm. 1). Ein Testament durch Uebergabe einer Schrift sowie ein eigenhändiges Testament kann nur derjenige errichten, welcher in den Zeichen des in der Schrift angewandten Schriftsystems Geschriebenes zu lesen vermag. Dagegen ist nicht erforderlich, daß er die konkreten Schriftzüge des Schreibers der Schrift zu lesen vermag.

Zu den Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, gehören auch Blinde.

Dem Tauben, welcher Geschriebenes lesen kann, stehen dagegen alle drei Testamentsformen offen (II 266 f.).

4. Das nach §§ 2231 Ziff. 2, 2238 (durch Uebergabe einer Schrift an den Richter oder Notar) errichtete Testament ist eine öffentliche Urkunde; die dem Richter oder dem Notar übergebene, von ihm mit dem Protokoll in besondere amtliche Verwahrung gebrachte Schrift bildet einen Theil des Protokolls im Sinne des § 176 ² FrGG., sie hat dieselbe Bedeutung, wie wenn ihr Inhalt selbst in das Protokoll aufgenommen worden wäre. OLG. 3 221 (KG.), OLG. 5 339 (BayrObLG.).

§ 2239. Die im § 2239 vorgeschriebene Gegenwart der mitwirkenden Personen „während der ganzen Verhandlung" bezieht sich nicht auf die Niederschrift des Protokolls. Werner, DNotVZ. 01 420; Fischer-Henle, BGB. Anm. 2 zu § 2239 und Tränkner, SächsA. 7 349.

Diese Niederschrift, sowie die Art ihrer Herstellung ist lediglich Sache der Urkundspersonen, die dabei in Abwesenheit der mitwirkenden Personen zu Werke gehen und (gegen Scherer, Das erste Jahr des BGB. 146) sich auch eines gedruckten Formulars bedienen können. Lauff, R. 01 302 ff. und DNotVZ. 01 308 ff. und Loeffler, DNotVZ. 01 147, zugleich gegen Planck, Anm. 1 zu § 2239. Jastrow, I 177 § 2239 Anm. 3.

§ 2240. 1. Ein vor einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Gemeindevorsteher errichtetes Testament ist ungültig, wenn auch das Protokoll über

die Errichtung von einem zugezogenen Schreiber in deutscher Sprache aufgenommen und von dem Gemeindevorsteher unterschrieben ist. KG. OLG. **3** 376, KGJ. **23** A 66, R. **02** 17.

2. Die Bedeutung des § 2240 liegt einfach in der schriftlichen urkundlichen Feststellung des Verhandelten. Diese Feststellung kann auch durch Benutzung des schon vorher gefertigten, als richtig befundenen Entwurfs erfolgen. Lauff, R. **01** 303.

§ 2241. 1. Jastrow I 177 § 2241 Anm. 1 u. 4 mit 34 ff. zu § 176 Anm. 2 u. 7. Alles, was nach § 2241 das Protokoll enthalten muß, namentlich auch Ort und Tag und Bezeichnung der mitwirkenden Personen, muß nothwendig in demjenigen Theile der Schrift stehen, welcher nach § 2242 vorgelesen wird. Demnach ist es unzulässig, den instrumentirenden Beamten im Protokolle, statt mit dem Namen, als den „unterzeichneten" Richter oder Notar aufzuführen.

Unrichtige Angaben von Ort und Tag und in der Bezeichnung der mitwirkenden Personen machen das Testament nichtig. Bei der Bezeichnung des Erblassers dagegen ist der Vorschrift genügt, wenn der Richter oder Notar ihn so bezeichnet hat, wie er sich ausgegeben hat. Hat der Erblasser sich selbst einen unrichtigen Namen beigelegt, so beeinträchtigt dies die Gültigkeit des Testaments nicht (I 178 Anm. 7 mit 38 zu § 176 Anm. 9).

Wegen Feststellung der Identität findet auch bei Testamenten und Erbverträgen der § 170 Abs. 3 FrGG. Anwendung (I 177 Anm. 3).

Unrichtige Datirung macht das notarielle Testament nichtig, weil Angabe des Ortes und Tages wegen ihrer materiellen Bedeutung wesentlich sind, solche Bedeutung aber nur die Angabe des richtigen Ortes und Tages hat. OLG. **2** 465 (Rostock).

Dagegen DNotVZ. **01** 316: Es handele sich hier nur um eine Formvorschrift, die Erfüllung einer Form verlange, vom sachlichen Inhalt aber völlig absehe. Die Gültigkeit einer Urkunde dürfe nicht von unerkennbaren, außer ihr liegenden Umständen abhängig gemacht werden.

2. Die Vorschrift des § 2241 Ziff. 2 ist zwar eine zwingende, es ist ihr aber genügt, wenn nach den Eingangsworten des Protokolls „die unterzeichneten Gerichtspersonen" deren „Bezeichnung" im Texte des Protokolls selbst sich findet. Denn dann läßt die Fassung und Niederschrift des Textes des Protokolls, welche der schriftlichen beurkundenden Thätigkeit der mitwirkenden Personen nothwendig vorhergeht, klar erkennen, daß die demnächst das Protokoll behufs der Beurkundung unterzeichnenden Personen gerade diejenigen und nur diejenigen sind, die bei der Verhandlung mitwirken. Eine Verwerthung des Zusammenhanges des Protokolls ist, bei der nothwendigen urkundlichen Einheit des Protokolls in seinem ganzen Umfang einschließlich der Unterschrift der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen, unbedenklich auch dann, wenn die Bestandtheile des Protokolls in Paragraphen gesondert abgehandelt sind. RG. **50** 16 ff., DJZ. **02** 125, R. **02** 74, JW. **02** 14 ff.

§ 2242. 1. Die Vorlesung des Testamentserrichtungsprotokolls kann durch Diktiren des Protokolls oder Hingabe zum Selbstlesen nicht ersetzt werden. Meyer, Seufferts Bl. **63** 203.

2. Abs. 1 Satz 1. Ueber Bedeutung des Wortes „Protokoll" vgl. u. Ziff. 9 zu § 2246.

3. a) Die im Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Feststellung kann nicht durch die nachträgliche Bescheinigung des Protokollanten ersetzt werden, er habe das Schriftstück dem Erblasser vorgelesen und dieser dann unterschrieben. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 613.

b) Der abgekürzte Vermerk „v. g. u." enthält die im § 2242 Abs. 1 Satz 2 geforderte Feststellung. **RG. 53** 150.

c) Die Errichtung eines Testaments vor einem Notar erfordert die Aufnahme eines Protokolls, das nach § 2241 Ziff. 1 Ort und Tag der Verhandlung und nach § 2242 Abs. 1, der auf Alles zu erstrecken ist, was nach § 2241 zum nothwendigen Inhalte des Protokolls gehört, die Feststellung enthalten muß, daß nicht bloß die Vorlesung, sondern ebenfalls die Genehmigung auch dieses Protokolltheils erfolgt sei. Ob diese Feststellung schon vor der Vorlesung niederzuschreiben und mitzuverlesen sei, ist streitig; fehlt sie, so ist das Testament nichtig, selbst dann, wenn das Protokoll am Schlusse vor der Unterschrift des Notars und der Zeugen Ort und Tag der Verhandlung enthält. Ob über die Richtigkeit der letzteren Angabe kein Streit herrscht, kann mit Rücksicht auf § 125 nicht in Betracht kommen. **RG. 50** 215, DJZ. **02** 215; vgl. auch OLG. Colmar, ElsLothr. **2** 481 und **RG.** JW. **00** 481 Nr. 36.

d) Jastrow, Th. I 178 Anm. 3 mit 46 zu § 177 Anm. 3a. Gegenstand der Vorlesung des Protokolls ist alles dasjenige, wovon das Gesetz sagt, daß es im Protokolle stehen müsse; die Feststellung der erfolgten Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung selbst und die Erklärung eines Erblassers, nicht schreiben zu können, muß sonach mit vorgelesen werden.

Die Vorlesung des Protokolls muß nicht nur für den Erblasser, sondern auch für die mitwirkenden Nebenpersonen erfolgen, sie darf deshalb auch dann nicht unterbleiben, wenn der Erblasser taub ist. Ein tauber Erblasser kann, auch ohne vom Inhalte des Protokolls Kenntniß zu nehmen, die Genehmigung wirksam aussprechen. Th. I 178 Anm. 3 u. 4 mit 47 § 177 Anm. 4 u. 5 u. 49 Anm. 8.

Unterschrieben werden muß das Protokoll vom Erblasser gemäß § 2240 in deutschen oder lateinischen Buchstaben. Wer nur in anderer Schrift zu unterschreiben vermag, ist als schreibunkundig zu behandeln. Th. I 178 Anm. 3 mit 48 § 177 Anm. 7d.

Ein blinder Erblasser muß das Protokoll gleichfalls unterschreiben, sofern er dies kann. Th. I 178 Anm. 3 mit 49 § 177 Anm. 7e.

4. Abs. 2 findet nur Anwendung auf Testatoren, welche erklären, nicht schreiben zu können (sei es auch nur vorübergehend durch Verletzung der Hand), nicht auf solche, welche nicht schreiben wollen. Stellt sich später die Unwahrheit der Erklärung heraus, so wird dadurch die letztwillige Verfügung nicht hinfällig. Böhm 113; Tränkner, SächsA. 7 350.

5. Abs. 3. a) Die Unterschrift des Notars und der Zeugen muß hinter der Unterschrift des Erblassers stehen. Der Beweis, daß der über der Unterschrift des Erblassers stehende Namenszug des Notars zeitlich vor der Unterschrift gefertigt sei, genügt nicht zur Beseitigung der Nichtigkeit des Testaments. JW. **01** 887.

b) Die Gültigkeit des Testaments ist auch dann nicht zu bezweifeln, wenn der Erblasser stirbt oder geschäftsunfähig wird, nachdem das Protokoll zwar von ihm selbst, aber noch nicht von den mitwirkenden Personen unterschrieben ist. Jastrow I 179; Planck V 460; Leske 1231 Anm. 1. Abweichend: Mot. V 274; Cosack II § 354 bei Anm. 14.

§ 2243. 1. Jastrow, Th. I 180 Anm. 3. Ein in der Lautsprache vollständig ausgebildeter Taubstummer ist nicht als „stumm" anzusehen, sondern kann in der allgemeinen Form des § 2238 testiren.

Die Beschränkung des Stummen nach § 2243 bezieht sich nur auf das öffentliche Testament. Die Errichtung eines eigenhändigen Testaments ist ihm unbenommen. Th. I 180 Anm. 5.

Auch beim Testamente des Stummen muß das Protokoll — und zwar wenn der Stumme seine Erklärung auf ein besonderes Blatt geschrieben hat, mit Einschluß des letzteren — vorgelesen und vom Erblasser unterschrieben werden. Nur zum Erfordernisse der Genehmigung ist Befreiung ertheilt. Th. I 181 Anm. 15.

Ein Stummer, welcher minderjährig, blind, lesens- oder schreibensunfähig ist, kann ein Testament überhaupt nicht errichten. Jastrow, Th. I 181 Anm. 16, Strohal 18.

2. Leidet der Testamentserrichter an motorischer Aphasie und an einer Lähmung des rechten Armes, an Affektionen, die beide auf einem einzigen pathologisch-anatomischen Prozesse beruhen können, so ist er unfähig, ein rechtswirksames Testament zu errichten, wenn er nicht mit der linken Hand zu schreiben vermag. Dr. med. Schultze, Die f. d. gerichtl. Psychiatrie wichtigen Bestimmungen d. BGB. 37.

3. Das nach § 2243 errichtete Testament ist gültig, wenn die Ueberzeugung des Richters oder Notars von der Verhinderung des Erblassers am Sprechen festgestellt ist; ob die Ueberzeugung den thatsächlichen Verhältnissen entspricht, ist gleichgültig. Böhm 115.

§ 2244. 1. Abs. 1. Der Dolmetscher ist nicht zu den „mitwirkenden Personen" zu rechnen. Er braucht deshalb nicht nothwendig während der ganzen Verhandlung zugegen zu sein. Jastrow, Th. I 182 Anm. 4.

Ein Verzicht auf die Beeidigung des Dolmetschers ist unstatthaft. Die mitwirkenden Nebenpersonen dürfen nicht zugleich als Dolmetscher fungiren. Jastrow, Th. I 182 Anm. 3, Preuß. Just.Min.Bl. **00** 81.

2. Ein Testament ist nichtig, wenn der zur Testamentserrichtung zugezogene und als Dolmetscher im Allgemeinen vereidete Gerichtsschreiber zugleich als Dolmetscher fungirt. AG. Schroda, CBlFrG. **1** 706 und LG. Posen, PosMschr. **01** 9; KG. 11. 2. 1901, KGJ. **22** A 219, OLG. **3** 253, RJA. **2** 27.

3. Der Dolmetscher braucht nicht gerichtlich vereidet zu sein. Ob die Vereidigung auch durch andere Behörden z. B. Notare, erfolgen kann, ist den Landesgesetzen vorbehalten. OLG. **3** 187 f. (Colmar).

4. In Preußen findet § 49 Z. 2 preuß. Gerichtskostengesetz auf die für den Einzelfall vom Amtsgerichte bewirkte Beeidigung eines zur Aufnahme eines Testaments zugezogenen Dolmetschers Anwendung. Die Beeidigung für den Einzelfall ist kein Akt der Justizverwaltung. Für die Werthsberechnung ist der Werth des Testaments entscheidend. Vgl. Just.Min.Verf. v. 5. 2. 1900. Just.Min.-Bl. **00** 48; KGJ. **21** B 9; OLG. **1** 459 (KG.).

5. Abs. 2. Die Verlesung der Uebersetzung muß nothwendig durch den Dolmetscher, nicht durch eine andere Person erfolgen. Jastrow, Th. I 184 Anm. 10.

6. Außer der Uebersetzung muß auch das deutsche Protokoll vorgelesen werden. Die Erklärung der Genehmigung muß sich auf das Protokoll, nicht auf die Uebersetzung beziehen. Vom Erblasser unterschrieben wird das deutsche Protokoll, nicht die Uebersetzung. Th. I 184 Anm. 15.

7. Ein Formular für Testamente in englischer und französischer Sprache giebt Kockerols, DNotV Z. **01** 190 f.

§§ 2244, 2245. Hat der Testator zu Protokoll erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, so wird dadurch, daß sich diese Erklärung hinterher als unwahr herausstellt, die letztwillige Verfügung nicht hinfällig.

Im Falle des § 2245 haben Richter oder Notar von Amtswegen zu prüfen, ob die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, auf Wahrheit beruht; haben aber Richter oder Notar die Ueberzeugung von der Wahrheit der Versicherung erlangt, so beeinträchtigt es die

Gültigkeit der letztwilligen Verfügung nicht, wenn sich nachher die Unwahrheit der Versicherung herausstellt. Tränkner, SächsA. 7 351, 353. Böhm 116 f.

§ 2245. 1. Abs. 1. Bei gemeinschaftlichen Testamenten und bei Erbverträgen Sprachfremder darf ohne Zuziehung eines Dolmetschers nur dann verfahren werden, wenn beide Theile erklären, nicht deutsch zu verstehen. Versteht ein Theil deutsch, so muß stets nach § 2244 verfahren werden. Ebenso wenn die beiden Theile verschiedene Sprachen sprechen und die mitwirkenden Personen nur einer dieser Sprachen mächtig sind. Jastrow, Th. I 185 Anm. 4.

2. Bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten ist Aufnahme des Protokolls in fremder Sprache nur zulässig, wenn beide Testatoren bzw. vertragschließenden Theile der deutschen Sprache nicht mächtig sind und sie sowie sämmtliche übrigen Personen der fremden Sprache mächtig sind. Strohal 21 f., Küntzel, a. a. O. 588 ff.; a. A. anscheinend Hellmann a. a. O. 218.

§ 2246. 1. Dronke, RheinAV. **18** 32 ff. handelt von der amtlichen Verwahrung letztwilliger Verfügungen und erörtert die verschiedenen Fälle der Verwahrung, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Soldaten- und die Seetestamente. — Für die Einreichung zur Verwahrung ist eine Frist nicht gesetzt. Sie kann von der Verwahrungsstelle nicht erzwungen werden (35). — Wesentliche Formvorschrift ist nicht die Uebernahme in die besondere Verwahrung an sich, sondern die Fortdauer der einmal begonnenen Verwahrung. Stirbt der Erblasser, bevor das formgerecht errichtete Testament hat in die Verwahrung gebracht werden können, oder gelangt das Testament sonst versehentlich nicht in die besondere Verwahrung, so ist und bleibt es gleichwohl rechtswirksam (36).

2. Ein formeller Verstoß gegen die Ordnungsvorschriften des § 2246 beeinträchtigt nicht die Gültigkeit des Testaments. KGJ. **24** A 88.

3. Das Protokoll ist nicht mit dem Amtssiegel verschlossen, wenn auf dem zugeklebten Briefumschlag ein Stempel in Schwarzdruck abgedrückt wird. Planck, § 2246, Anm. 1 3 b; LG. Bremen, CBlFrG. **1** 495.

4. Dem Erblasser steht es im Falle der Errichtung eines notariellen Testaments nicht frei, anzuordnen, daß dieses in Verwahrung des Notars oder eines Dritten gegeben werde. Es ist richtig, daß § 2264 BGB. eine Sollvorschrift ist. Indessen unterliegen Sollvorschriften keineswegs als solche ohne Weiteres der Abänderung durch Parteibelieben, sind vielmehr, ungeachtet der schwächeren Wirkungen ihrer Verletzung für die Beamten, an die sie sich richten, Mußvorschriften. Greiff, DJZ. **00** 522 gegen Bödicker daselbst 300.

5. Die Testamentsverwahrung ist keine nachlaßrichterliche Thätigkeit. Nußbaum, Freiwillige Gerichtsbarkeit 118.

6. Sofortige Abschriften mündlich errichteter Testamente können auf Antrag ertheilt werden. Denn es muß durch § 2246 als nicht ausgeschlossen und gestattet gelten, daß aus erheblichen Gründen — und hierzu ist der Antrag auf Ertheilung einer Testamentsabschrift zu rechnen — mit dem Verschlusse des Testaments eine kleine Weile gewartet wird, vorausgesetzt, daß dadurch die sonst mögliche Gegenwart aller bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen nicht unmöglich wird. Francke, R. **00** 231 f.

7. Zur Testamentseröffnung ist die Rückgabe oder Mortifizirung des Hinterlegungsscheins (Allg. Landrecht §§ 214, 215 I. 12) nicht mehr erforderlich. Dagegen muß der Testator, welcher sein Testament zurücknimmt, den Hinterlegungsschein gemäß § 371 BGB. dem Gerichte zurückgeben. Ist er hierzu außer Stande, so genügt es, daß er dies angiebt. Bischoff, R. **00** 433.

8. Die besondere amtliche Verwahrung der Testamente und Erbverträge ist den Gerichten nicht durch Reichsgesetz, sondern durch Landesgesetz übertragen.

Bei einem Streite über die örtliche Zuständigkeit entscheidet in Preußen deshalb der Justizminister.

Die besondere amtliche Verwahrung findet aber nur bis zur Eröffnung oder (bei dem wechselseitigen Testamente) bis zur Wiederverkündung statt. Das Testament ist dann offen bei den Akten zu behalten; diese weitere Verwahrung bestimmt sich nach Reichsgesetz, bei einem Streite über die örtliche Zuständigkeit entscheidet in Preußen daher das Kammergericht.

Nach dem Tode des zweitverstorbenen Ehegatten ist bei dessen Nachlaßgericht das wechselseitige Testament weiter zu verwahren. OLG. 2 377 (KG.).

9. Im § 2246 wird die schon unterschriebene und damit völlig zum Abschlusse gekommene Urkunde als „das Protokoll" bezeichnet, während demselben Worte im § 2242 Abs. 1 Satz 1 eine so weitgehende Bedeutung jedenfalls nicht beigelegt sein kann. **RG. 50** 217.

§ 2247. Der § 2247 betont lediglich die Fähigkeit des Lesens, äußert sich aber nicht darüber, inwieweit der Testator im Stande sein müsse, eigenhändig zu schreiben. Es wird dies praktisch in den Fällen, in welchen Jemand zu lesen und zu schreiben versteht, in Folge eines körperlichen Fehlers aber, wie Lähmung oder Schwäche, nicht ohne Hülfe zu schreiben vermag. Bei der Schwierigkeit, eine feste Grenze zu ziehen, wann die Hand des Testators geführt, wann nur gestützt, ist das richtige Kriterium, nach dem Verstehen des Schreibens zu fragen und ein eigenhändiges Testament eines schriftverstehenden Testators als gültig anzuerkennen, gleichviel ob und mit wie ausgedehnter Hülfe es niedergeschrieben worden ist. Brock a. a. O. 90 f.

§ 2248. 1. Der Antrag kann schriftlich formlos gestellt werden, seiner Beglaubigung bedarf es nur, wenn das Gericht begründeten Anlaß zum Mißtrauen hat. KG. DJZ. **00** 294; KG. DJZ. **00** 482, R. **00** 539, KGJ. **20** A 259.

2. Die Aufnahme in die amtliche Verwahrung macht das Privattestament nicht zur öffentlichen Urkunde, insbesondere muß seine Echtheit besonders bewiesen werden. KG. DJZ. **00** 482, R. **00** 539.

3. Hat der Testator das Testament nicht in amtliche Verwahrung, sondern z. B. einem Vertrauensmann übergeben, so ist zu beachten, daß ein etwaiger Auftrag, den Vollzug des Testaments nur in einem bestimmten vorhergesehenen Fall vorzunehmen, ungültig ist, wenn nicht die Vollzugs-Bedingung entweder im Testament selbst zum Ausdruck kommt oder durch eine besondere testamentarische Verfügung festgesetzt ist. Brock a. a. O. 98.

§ 2249. 1. Ein Nothtestament vor dem Gemeindevorsteher ist ungültig, wenn es nicht die Besorgniß des § 2249, sondern nur die Thatsache der Krankheit beurkundet. Ob die Besorgniß objektiv begründet war, ist unerheblich. RG. JW. **02** Beil. 216, DJZ. **01** 273, Albanus, Das Nothtestament 15 Anm. 6. Dagegen DNotVZ. **01** 353; vgl. auch Voß DJZ. **01** 280 und Oertel, Das Gemeindetestament 1 ff.

2. Ein Testament ist nichtig, wenn es von einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Gemeindevorsteher aufgenommen wird. KG. OLG. **3** 375, KGJ. **23** A 66, R. **02** 17.

3. Das gemäß § 2249 vor dem Gemeindevorsteher errichtete Testament ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 36 Abs. 1 GBO. KG. KGJ. **24** A 88.

4. Es ist gleichgültig, auf welchem Stoffe, mit welchem Schreibmaterial (ob mit Tinte oder Bleistift) und in welcher Schreibart dieses Testament, wenn es von dem Erblasser geschrieben wird, geschrieben ist. Es ist z. B. auch Stenographie zulässig. Die Schrift kann auch von einer dritten Person geschrieben sein. Obwohl es sich empfiehlt, die Schrift zu unterschreiben, ist auch dies nicht nöthig. Albanus, Nothtestament 24 Anm. 1.

5. Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2249 auch dann errichtet werden, wenn die Voraussetzung zur Errichtung eines Nothtestaments nur auf Seiten eines der Ehegatten vorliegt. Albanus, Das Nothtestament 14 Anm. 1.

Auch während der Versiegelung des Testaments darf sich keine der mitwirkenden Personen — wenn auch nur auf kurze Zeit — entfernen. Albanus, 25 Anm. 8.

Ein Erbvertrag kann in dieser Form vor dem Gemeindevorsteher nicht errichtet werden. Albanus 27 Anm. 1.

6. Ein unmittelbar bevorstehender Zweikampf kann zur Errichtung des Nothtestaments berechtigen. Hoeniger R. 01 225.

§ 2252. Abs. 2. Die Frist zur Errichtung eines ordentlichen Testaments nach Errichtung eines Testaments in der außerordentlichen Form des § 2250 läuft auch dann nicht, wenn die Errichtung des ordentlichen Testaments nur erheblich erschwert ist („außer Stande"). Strohal 24 Anm. 10.

§ 2253. Ist der Erblasser vor dem 1. 1. 00 verstorben, so ist das frühere Recht für die Erfordernisse des Erbscheins maßgebend. LG. Naumburg, NaumbAK. 00 53.

§ 2254. Der Widerruf eines Testaments ist ebenso zu verschließen und zu verwahren, wie das Testament selbst. In der Aufschrift ist der Inhalt nur als Testament zu bezeichnen. Im Falle der Errichtung des Widerrufs durch Uebergabe einer Schrift braucht der Erblasser gleichfalls nur zu erklären, daß die Schrift seinen letzten Willen enthält. Jastrow Th. II 294 f.

§ 2255. Hier wird erfordert, daß der auf Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde gerichtete Wille vom Erblasser selbst ausgeht, doch kann er sich bei Ausführung der die Aufhebungsabsicht bezeugenden Handlungen fremder Hülfe bedienen. Böhm 124.

2. Brock a. a. O.: Die Verletzung durch einen Dritten auf Befehl oder auf speziellen Wunsch des Erblassers ist der Wirkung nach der persönlichen Verletzung gleich zu achten. Die nachträgliche Genehmigung der Verletzung durch einen Dritten seitens des Erblassers hebt jedoch das Testament nicht auf (102). Sind von einem eigenhändigen Testamente mehrere Exemplare vorhanden, so müssen sämmtliche vernichtet oder wie erforderlich verändert sein, damit das Testament nach § 2255 aufgehoben sein soll (103).

Steht die Ungültigkeit eines eigenhändigen Testaments in Frage, so gilt bezüglich der Beweislast: Formwidrigkeit und Unechtheit hat nicht derjenige zu beweisen, der sie geltend macht, sondern ihr Nichtvorhandensein ist von dem Testaments-Interessenten darzuthun; der Beweis der Ungültigkeit des Testirakts liegt dagegen dem Testamentsgegner ob (118).

§ 2256. 1. Die Zurückgabe eines Testaments im Wege der Rechtshülfe ist zulässig.

Die Aufnahme eines Protokolls über die Zurückgabe ist nicht wesentlich. Jastrow Th. II 298.

Das durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung widerrufene Testament kann nicht von Neuem in die amtliche Verwahrung zurückgebracht und dadurch wieder wirksam gemacht werden. Diese Form des Widerrufs ist unwiderruflich. Dronke, RheinAV. 18 36.

2. Ein vor Richter oder Notar errichtetes Testament wird durch Rückgabe an Jemanden, der sich fälschlich für den Erblasser ausgiebt, nicht unwirksam. Küntzel a. a. O. 600, Strohal 54, Hellmann 223.

Die Rückgabe darf nur an einen widerrufsfähigen Testator (§ 2253 Abs. 2) erfolgen. Küntzel a. a. O. 601, Strohal 55.

Ist die Rücknahme wegen Irrthums oder Zwanges anfechtbar? Bejaht von **Küntzel** a. a. O. 601, **Strohal** 55.

Gilt ein den Vorschriften des § 2231 Nr. 2 entsprechendes holographisches Testament, welches überdies demnächst unter Beobachtung der Vorschriften des § 2238 dem Richter oder Notar übergeben ist, bei Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung als widerrufen? Verneint von **Küntzel** a. a. O. 603; vgl. **Strohal** 55, **Hellmann** 223.

3. Auf die Rückforderung eines vor dem 1. 1. 1900 gerichtlich verwahrten Testaments findet § 2256 BGB. Anwendung, so daß die Rücknahme durch einen Vertreter unzulässig ist. LG. Cassel, CBlFrG. **1** 980.

§ 2259. 1. Ueber die Ablieferungspflicht vgl. **Dronke** a. a. O. 37 ff. Auf den Fall, daß eine Behörde oder ein Notar ein Testament zwar in amtlicher Eigenschaft, aber nicht in der amtlichen Verwahrung des BGB. besitzt, wird der § 2259 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt. Privatpersonen können im Klagewege zur Ablieferung angehalten werden. Die Ablieferungspflicht kann auch vom Erblasser selbst nicht ausgeschlossen oder hinausgeschoben werden. Abzuliefern sind auch nicht formgerechte, durchstrichene oder sonstwie veränderte oder beschädigte Testamente, da dem Inhaber die Beurtheilung der Rechtswirkung der Veränderungen u. s. w. nicht zusteht.

2. Die Verpflichtung des Besitzers eines Testaments zur Ablieferung an das Naßlaßgericht behufs Verkündung ist durch Klage erzwingbar. **Böhm** 126.

Dagegen stehen einem Nachlaßgerichte gegen einen Notar, welcher sich weigert, ein vor ihm errichtetes Testament zwecks gerichtlicher Eröffnung einzureichen, keine Zwangsmaßregeln zu. LG. Elberfeld, R. **00** 463.

3. Nach § 2259 sind **alle** Testamente, soweit sie sich nicht bereits in der besonderen Verwahrung befinden, nach dem Tode der Testatoren unverzüglich an das Nachlaßgericht abzuliefern und ausnahmslos zu eröffnen. KG. CBlFrG. **2** 332; JW. **01** 324, R. **01** 313; a. A. OLG. **1** 295 (KG.).

Solche Schriftstücke dagegen, die, wenngleich sie Verfügungen auf den Todesfall enthalten, sich ihrem Inhalte nach als Testament nicht darstellen, sind vom Nachlaßgerichte nicht zu eröffnen und deshalb auch nicht abzuliefern. OLG. Hamburg, CBlFrG. **2** 733.

4. Die nach altem Rechte errichteten Testamente und Erbverträge sind dem Nachlaßgerichte zur Eröffnung abzuliefern, wenn der Erblasser unter neuem Rechte gestorben ist. **RG.** JW. **01** 324; OLG. **2** 12 (KG.).

5. In Preußen sind Notare, welche ein Testament aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 verwahren, nach dem Tode des Erblassers zur Ablieferung an das Nachlaßgericht auf Grund des § 2259 Abs. 1 BGB. verpflichtet. Die Testamentseröffnung umfaßt die Oeffnung, wenn das Testament verschlossen war, und die Verkündung. KGJ. **21** A 61.

6. Da § 2259 selbst über die Art der Ablieferung keine nähere Bestimmung trifft, so muß die Frage, ob persönliche Ueberbringung oder Uebersendung angezeigt sei, dem pflichtmäßigen Ermessen des Notars überlassen bleiben. Ueberbringt er das Testament persönlich dem Nachlaßgerichte, so kann er Ersatz der Reisespesen fordern. OLG. **2** 374 (Colmar).

Privatschriftliche und notarielle Testamente können auch durch die Post zur Verwahrung eingeschickt werden. OLG. **1** 294 (KG.)

7. Abs. 2 bezieht sich nur auf den Fall, daß mit der besonderen amtlichen Verwahrung landesgesetzlich eine andere Behörde oder ein Notar betraut sind. Dies kommt in Preußen nicht in Betracht (Art. 81 § 1 PrFrGG.). OLG. **1** 295 (KG.), CBlFrG. **1** 329, KGJ. **20** A 151.

8. Die im § 44 Abs. 2 Preuß. Gerichtskostengeſ. vorgeſehene Gebühr tritt in allen Fällen ein, in denen das BGB. eine gemäß Art. 81 PrAG. z. BGB. zu erledigende beſondere amtliche Verwahrung einer Verfügung von Todeswegen vorſieht, dagegen nicht, wenn gemäß § 2259 Abſ. 1 ein Teſtament zum Zwecke der Verwahrung abgeliefert wird. KGJ. **21** B 7.

§ 2260. 1. Das Nachlaßgericht hat vor Eröffnung eines Teſtaments nicht die Pflicht, zu prüfen, ob das Teſtament auch formell oder materiell rechtsgültig iſt, ſofern ſich das zu eröffnende Schriftſtück nur äußerlich und ohne Berückſichtigung von Umſtänden, die ſich nicht aus dem Schriftſtücke ſelbſt ergeben, als ein Teſtament darſtellt. KG. OLG. **2** 379, KGJ. **22** A 261; BayrObLG. **2** 413; LG. Naumburg, CBlFrG. **1** 966; OLG. Hamburg, CBlFrG. **2** 331.

2. Die in amtlicher Verwahrung des Gerichts befindlichen Teſtamente müſſen auch dann eröffnet werden, wenn ſie durch eine ſpätere bereits eröffnete letztwillige Verfügung widerrufen ſind. Denn auch das widerrufene Teſtament bleibt ein Teſtament. Wie der Eröffnungsrichter die Gültigkeit des ihm vorliegenden, als letztwillige Verfügung auftretenden Schriftſatzes nicht zu prüfen hat, ebenſowenig hat er darüber zu entſcheiden, ob das Teſtament rechtsgültig widerrufen iſt oder nicht. Kleineidam, R. **01** 112.

Ebenſo beſchreibt das Verfahren bei der Teſtamentseröffnung Dronke a. a. O. 40ff.: Ein Urtheil über die Gültigkeit der Urkunde ſteht dem Nachlaßgerichte nicht zu, es muß ſich der Eröffnung alſo auch dann unterziehen, wenn z. B. ein aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommenes oder ein durch Zerreißen oder gänzliches Durchſtreichen anſcheinend widerrufenes Teſtament abgeliefert wird; die Zurückgabe iſt möglicherweiſe von einem Unberechtigten erſchlichen, die Zerreißung ꝛc. widerrechtlich ausgeführt, und den Betheiligten muß es ermöglicht bleiben, ihre Behauptungen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Urkunde auf der Grundlage einer gerichtlichen Teſtamentseröffnung ausfechten zu können.

Dagegen Goslich, CBlFrG. **3** 91: Nachdem mit Einfügung des eigenſchriftlichen Teſtaments der urſprüngliche Zweck der Eröffnung (Ermöglichung der Kenntnißnahme) weggefallen iſt, iſt der Zweck jetzt darin zu ſehen, daß der Richter eine Entſcheidung über die formelle Gültigkeit der Urkunde abgeben ſoll. Wenn er für ein offenes Teſtament den Eröffnungstermin anſetzt oder nach Oeffnung eines verſchloſſenen Teſtaments die Eröffnung folgen läßt, erklärt er es für formell gültig, wenn er die Eröffnung ablehnt, für formell ungültig. Gegen KG. CBlFrG. **2** 377.

Lebt der Erblaſſer über die Friſt des § 2252 Abſ. 1 hinaus, ſo iſt ſein Teſtament daher als formell ungültig nicht zu eröffnen. Die auflöſende Bedingung des § 2252 iſt eine geſetzliche und gehört zu den für die Gültigkeit erheblichen Formen. Ebenſo iſt ein Teſtament, das durch den Formalakt des § 2256 widerrufen iſt, als formell ungültig nicht zu eröffnen.

Ein materiell unwirkſames, insbeſondere ein unter auflöſender Bedingung errichtetes und ein formlos (§§ 2254, 2255, nicht 2256) widerrufenes iſt dagegen zu eröffnen. Der Richter hat grundſätzlich den Inhalt des Teſtaments nicht zu prüfen, um es mit Rückſicht auf ihn nicht zu eröffnen. Nur iſt (ausnahmsweiſe) ein vorgelegter Ehevertrag darauf zu prüfen, ob er zugleich Erbvertrag iſt, und ein gemeinſchaftliches Teſtament darauf, ob der Fall des § 2273 vorliegt.

Aehnlich Brunner, BayrNotZtg. **01** 137: Formell widerrufene Teſtamente bedürfen keiner Eröffnung nach § 2260 des BGB., weil eine Auslegung der ebenerwähnten Geſetzesbeſtimmung lediglich nach dem Wortlaute derſelben nirgends vorgeſchrieben iſt, und die Entſtehungsgeſchichte des § 2260, ſowie der Vergleich

dieses Paragraphen mit anderen Bestimmungen ersehen lassen, daß eine Eröffnung von formell widerrufenen Testamenten nicht in der Absicht der Verfasser des Gesetzes lag.

3. Die Vorschriften des § 2260 beziehen sich auch auf die holographischen Testamente des § 2231 Nr. 2. Nußbaum, Freiwillige Gerichtsbarkeit 120, KG. OLG. **2** 372, KGJ. **22** A 261, RJA. 2 169.

4. Die Eröffnung des Testaments ist nicht von der Einreichung des nach § 2246 Abs. 2 dem Erblasser ertheilten Hinterlegungsscheins abhängig zu machen. Wenn auch zwischen dem Gericht und dem Erblasser ein dem Verwahrungsvertrag ähnliches Rechtsverhältniß besteht, so besteht doch kein gesetzlicher Grund, nach dem Tode des Erblassers, d. h. mit der Endigung des Rechtsverhältnisses, die in Folge dessen eingetretenen thatsächlichen Zustände wieder rückgängig zu machen, insonderheit den Hinterlegungsschein wieder zu den Akten zurückzuverlangen. Bischoff, R. **00** 433 f.

5. Auch bei unverschlossenen letztwilligen Verfügungen und daher auch bei offenen Erbverträgen ist eine „Eröffnung" (Publikation) im Sinne des § 2260 nicht unausführbar. RG. **48** 99.

6. Die Testamentseröffnung kann unterbleiben, wenn die Betheiligten auf sie verzichten und ein ersichtliches Interesse Dritter an der Eröffnung nicht vorliegt. OLG. **4** 425 (Colmar), KGJ. **24** D 8, RJA. **3** 69.

7. Die Frage, ob ein in gerichtlicher Verwahrung befindliches Testament eines vor 1. 1. 1900 verstorbenen Erblassers von Amtswegen zu eröffnen ist, richtet sich gemäß Art. 213 EG. z. BGB. nach dem z. Z. des Todes des Erblassers in Geltung gewesenen Rechte. KGJ. **21** A 156.

8. Als Betheiligte im Sinne der §§ 2260 ff. sind nach der Natur der Sache die gesetzlichen Erben und Jeder, welchem durch das Testament Zuwendungen aus dem Nachlasse gemacht werden, anzusehen.

Bei einem gemeinschaftlichen Testamente, welches die Erbeinsetzung erst für den Zeitpunkt des Todes des Ueberlebenden will, ist ein Nachlaß des Erstverstorbenen nicht vorhanden. Daher können die Vermächtnißnehmer, welche doch nur als Forderungsberechtigte gegenüber Erben in Betracht kommen, bis zu der Zeit, wo die Erbeseinsetzung in Kraft tritt, als Betheiligte nicht angesehen werden. OLG. **2** 468 ff. (Hamburg), vgl. auch Dronke 43 u. u. zu § 2262.

9. Abs. 2. Die Testamentseröffnung umfaßt die Oeffnung, wenn das Testament verschlossen war, und die Verkündung. KGJ. **21** A 61.

10. Die Verkündung hat sich bei gerichtlich oder notariell errichteten Testamenten auf Alles zu erstrecken, was in dem verschlossenen Umschlage lag, also bei Errichtung mittelst Uebergabe einer Schrift auf das Protokoll und die Schrift. Jastrow II 301 Anm. 5.

11. Auch bereits eröffnete Testamente sind zu verkünden. OLG. **2** 12 (KG.)., KGJ. **21** A 62.

12. Abs. 3. Das Protokoll über die Eröffnung des Testaments braucht reichsgesetzlich von den Betheiligten nicht unterschrieben zu werden. Jastrow II 302 Anm. 9.

13. Dem eröffnenden Verwahrungsgericht ist ein Spielraum gegeben, zu ermessen, wieweit die Ladung der Betheiligten auszudehnen sei. Dem Nachlaßgerichte kommt eine Kontrolle über die Ausübung dieses Ermessens nicht zu. Das Protokoll muß nur ersehen lassen, wer von den Betheiligten bei der Eröffnung zugegen war; im Uebrigen hat das Nachlaßgericht die nicht zugegen gewesenen Betheiligten nach § 2262 BGB. vom Inhalte des Testaments in Kenntniß zu setzen. LG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 177.

14. Ein Protokoll über die Eröffnung einer Verfügung von Todeswegen (Testament, Erbvertrag, Schenkung auf den Todesfall) ist auch dann zu errichten, wenn keiner der Betheiligten im Verkündungstermin erschienen ist (s. auch § 2300).

Dasselbe ist von Wichtigkeit für den Beginn der Ausschlagungsfrist der Erbschaft (§ 1944), ersetzt in Gemeinschaft mit einer Verfügung von Todeswegen, sofern dieselbe in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, den Erbschein (§ 36 GBO.) und begründet Offenkundigkeit (§ 291 CPO.) bei dem Nachlaßgericht (§ 2356 Abs. 3) und daher auch bei jeder Abtheilung des betreffenden Amtsgerichts (Vormundschafts-Registergericht, Grundbuchamt; CBlFrG. **1** 528 Ziff. 3, 157 Nr. 111, 528—531, 597). Jung, BayrNotZtg. **01** 21—27.

§ 2261. 1. Das Nachlaßgericht, welches das Testament in Verwahrung hat, ist nicht befugt, ein anderes Amtsgericht, etwa deshalb, weil sich dort die Betheiligten befinden, unter Uebersendung des Testaments um Eröffnung und Publikation zu ersuchen. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **25** 337.

2. Das von einem anderen Gericht als dem Nachlaßgericht eröffnete und diesem übersendete gemeinschaftliche Testament ist, sofern der überlebende Ehegatte einen besonderen Verwahrungsantrag nicht gestellt hat, nicht von dem Nachlaßgerichte, sondern von dem anderen Gerichte wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zu bringen. OLG. Königsberg, CBlFrG. **1** 448; vgl. auch Fechner, PosMschr. **00** 29.

3. Im Falle des § 2261 hat dasjenige Gericht, welchem die Testamentseröffnung obliegt, auch das zuständige Nachlaßgericht zu ermitteln. LG. Thorn, CBlFrG. **2** 282.

Ist das Gericht, welches ein gemeinschaftliches Testament in besonderer amtlicher Verwahrung hat, ein anderes als das Nachlaßgericht des zweitverstorbenen Ehegatten, so hat es das Testament an dieses zu übersenden. Dies gilt auch in dem Falle, wo der erste Ehegatte vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist. KGJ. **21** A 226, OLG. **2** 375 (KG.).

4. Unter „amtlicher Verwahrung" ist nur die besondere Verwahrung zu verstehen, welche die §§ 2246, 2248, 2251 erwähnen. BayrObLG. **3** 351, OLG. **5** 345, Seuff. Bl. **67** 287; Planck V 487 Anm. zu § 2261.

Wegen Abgabe von Testamenten, die vor dem 1. 1. 1900 errichtet sind, vgl. für Preuß. Recht CBlFrG. **1** 144.

5. In Baden hat die Eröffnung der bei dem Amtsgerichte verwahrten Testamente und Erbverträge stets durch das Amtsgericht, nicht durch das Notariat zu erfolgen. LG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 176.

§ 2262. 1. Betheiligte im Sinne des § 2262 sind nicht die gesetzlichen Erben. Keines Falles ist der Testamentsrichter verpflichtet, Ermittelungen darüber anzustellen, wer die gesetzlichen Erben sind. Schultzky, R. **01** 347.

Dagegen ist Kleineidam, R. **01** 112 der Meinung, daß sämmtliche gesetzliche Erben, nicht nur die im Testamente Benannten, Betheiligte im Sinne dieser Bestimmung sind.

2. Sind in einem gemeinschaftlichen Testamente Vermächtnisse ausgesetzt, welche von dem überlebenden Ehegatten, der mit den gemeinschaftlichen Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt, noch widerrufen werden können, so sind die Vermächtnißnehmer bei der nach dem Tode des ersten Ehegatten erfolgenden Eröffnung des Testaments nicht Betheiligte, denn sie sind bei dem Vermögen, über welches das Testament verfügt, gar nicht interessirt. Ob sie später interessirt werden, hängt von dem Willen des überlebenden Ehegatten ab, auf dessen Kenntniß sie aber erst nach dessen Tode Anspruch haben werden. OLG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **01** 129, CBlFrG. **2** 48, RJA. **2** 68, OLG. **2** 468.

Im Uebrigen vgl. über den Kreis der „Betheiligten" s. o. Ziff. 8 zu § 2260.

3. Haben die Betheiligten bereits anderweit vollständig und zutreffend, etwa durch den Testamentsvollstrecker, von dem Inhalte des Testaments Kenntniß erlangt, so erübrigt sich die Bekanntmachung von Seiten des Nachlaßgerichts. OLG. Dresden, Sächs. Annalen **23** 477.

4. Ist ein Testamentsvollstrecker ernannt, der sein Amt nicht sofort, sondern erst nach Eintritt weiterer Ereignisse antreten soll, so ist ihm einstweilen nur Kenntniß von seiner Berufung und von dem Zeitpunkte, mit welchem er thätig werden soll, zu geben, erst später aber eine Ausfertigung der letztwilligen Verfügung zu ertheilen. KGBl. **00** 58 (KG.).

5. Wenn bevormundete Personen bedacht sind, so ist Mittheilung an die Vormundschaftsbehörde erforderlich. Schultzky, R. **01** 346.

Die hier vorgeschriebene Thätigkeit liegt in Baden dem Notariat ob, während die Eröffnung des Testaments dem Gerichte zusteht, bei welchem dasselbe in Verwahrung ist. LG. Konstanz, BadRpr. **00** 253.

§ 2263. 1. Durch diese Vorschrift ist das Verbot der Eröffnung und auch das der Verkündung der Testamente für nichtig erklärt. OLG. **2** 12 (KG.)

Diese Vorschrift gilt auch für gemeinschaftliche Testamente. OLG. **5** 183 (KG.) Das Verbot der Testamentseröffnung durch den Erblasser ist jedoch dann gültig, wenn es in einem vor dem 1. 1. 1900 erlassenen Testamente enthalten und der Testator vorher gestorben ist. LG. Ulm, ZFrG. **00** 9, R. **01** 410, WürttZFrG. **01** 10, KG. NaumbAK. **00** 43, BayrObLG. R. **00** 330.

2. Die Ehegatten hatten ein wechselseitiges Testament mit der Bestimmung errichtet, daß dasselbe nach dem Tode eines der Ehegatten eröffnet werde. Später hatten sie ein weiteres gemeinsames Testament errichtet, welches nach dem Tode des Letztlebenden eröffnet werden sollte. Da festgestellt war, daß das zweite Testament nur Verfügungen für den Fall des Todes des zuletzt lebenden Ehegatten enthalten solle, wurde die Eröffnung des zweiten Testaments abgelehnt. OLG. **1** 73 (BayrObLG.)

§ 2264. 1. Die Abschrift des Testaments verbleibt bei den Akten. Nußbaum, Freiwillige Gerichtsbarkeit 720.

2. Vom Testamente werden nur beglaubigte Abschriften, keine Ausfertigungen ertheilt. Jastrow, Th. II 302 Anm. 8, Kleineidam, R. **01** 113.

3. Drewes, DJZ. **01** 232. Abschrift des ganzen Testaments kann nur der verlangen, der an dem ganzen Inhalte ein rechtliches Interesse hat. Wer ein rechtliches Interesse nur an Theilen desselben hat, kann eine Abschrift nur dieser Theile fordern. A. M. LG. Dresden, CBlFrG. **1** 405: Derjenige, der nur an einer bestimmten Verfügung eines Testaments ein erkennbares Interesse hat, kann dennoch von dem ganzen Testament Abschrift verlangen, mögen auch in diesem ihn nicht interessirenden Theile des Testaments intime, nicht für ihn bestimmte Familienverhältnisse des Erblassers dargelegt sein.

4. Die Einsichtnahme kann nur bei dem Nachlaßgericht, oder, falls ein anderes Gericht das Testament nach § 2261 zu eröffnen hat, bei diesem bis zur Uebersendung an das Nachlaßgericht erfolgen. OLG. Colmar, Elf.-Lothr. JZ. **25** 337.

5. Das Erbschaftssteueramt ist berechtigt, die vollständige Eröffnung eines wechselseitigen Testaments von Eheleuten nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten zu verlangen, soweit aussonderungsfähige Verfügungen des überlebenden Ehegatten nicht vorliegen. KGJ. **22** A 265.

Achter Titel.

Gemeinschaftliches Testament.

§ 2265. 1. Beim gemeinschaftlichen Testamente müssen beide Erblasser sich der gleichen Form bedienen; es darf also nicht der eine durch mündliche

Erklärung, der andere durch Uebergabe einer Schrift testiren. Steht einem der Eheleute gesetzlich nur die eine Form offen, so müssen beide diese Form wählen. Ist einer der Eheleute stumm und der andere des Lesens unkundig oder minderjährig, so kann ein gemeinschaftliches Testament überhaupt nicht errichtet werden. Jastrow, Th. II 189f. Anm. 2 u. 4.

2. Wenn Ehegatten sich durch Ehe- und Erbvertrag gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzen gegen die Verpflichtung, den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern ein bestimmtes Vater- bzw. Muttergut auszusetzen, so bildet das Vorhandensein von Kindern beim Tode des einen Ehegatten kein Hinderniß, dem anderen Ehegatten einen Erbschein dahin auszustellen, daß er der alleinige Erbe sei. Die Kinder erhalten das ihnen ausgesetzte Gut als Vermächtniß, selbst wenn der vermachte Geldbetrag dem Werthe des Nachlasses gleichkommt. BayrObLG., Seuff. Bl. **67** 162.

3. Ein gemeinschaftliches Testament unterliegt in Preußen dem doppelten Stempel der Tarifstelle 66 des preuß. Stempelsteuergesetzes. KGJ. **22** B 18. A. M. LG. Meseritz, PosMschr. **01** 82.

§ 2267. 1. Ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament muß ausschließlich in der Form des § 2267 errichtet werden. Daß jeder der Eheleute das Testament eigenhändig schreibt und für sich unterschreibt, ist nicht zulässig. Bei solchem Verfahren liegen vielmehr zwei Einzeltestamente vor. Jastrow, Th. I 190 Anm. 2.

A. A. Eichhorn, DNotV3. **01** 247. Er bemerkt zu § 2267: Diese Form ist natürlich nicht die einzige, in der Eheleute gemeinsam ihr Privattestament errichten können; jeder Ehegatte kann seinen letzten Willen besonders schreiben, diktiren und vollziehen, beide Schriftstücke müssen dann aber ein gemeinsames Ganze bilden.

2. Das gemeinschaftliche holographische Testament der Ehegatten muß zwar die Unterschrift, Datum und Ort von jedem der Ehegatten gezeichnet enthalten; Identität der Daten ist aber nicht erforderlich. Die Daten dürfen vielmehr sowohl nach Zeit- wie nach Ortsangabe selbst erheblich von einander abweichen, da das BGB. nirgends unitas actus für Errichtung des gemeinschaftlichen holographischen Testaments verlangt. Mantey, R. **01** 430 gegen Eichhorn, DNotV3. **01** 248.

3. Dem Formerfordernisse der Beitrittserklärung wird nur durch die am Schlusse beigefügte Unterschrift, nicht aber schon dadurch genügt, daß der Erklärende seinen Namen in den Text der Erklärung aufnimmt. OLG. **5** 348 (KG.), KGJ. **24** A 180.

§ 2269. 1. Güthe, DNotV3. **02** 41 ff. begründet folgende Auffassung von der Bedeutung des § 2269: Wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt haben, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so gilt, wenn nicht ein anderer Wille der Erblasser erhellt, der Dritte als Erbe des überlebenden Ehegatten, und zwar als sein unmittelbarer Erbe, nicht als Nacherbe. Er erhält also den beiderseitigen Nachlaß erst beim Tode des Ueberlebenden, aber nicht lediglich auf Grund der testamentarischen Verfügung des letzteren, sondern auf Grund der Verfügungen beider Ehegatten. Er ist daher auch an die Verfügungen beider Ehegatten, d. h. an alle ihn betreffenden Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments gebunden. Daraus, daß der Erbfall erst beim Tode des zuletzt versterbenden Ehegatten eintritt, folgt, daß, wenn der Dritte vor dem Erstversterbenden oder in der Zeit zwischen beiden Ehegatten stirbt, seine Erben nicht an seine Stelle treten.

Daneben, meint Güthe, sind wegen der dispositiven Natur des § 2269 für die Erblasser zwei Möglichkeiten gegeben:

a) Sie können bestimmen, daß der Dritte bezüglich des Nachlasses des Erstversterbenden Nacherbe des Ueberlebenden, bezüglich des Nachlasses des Ueberlebenden dessen direkter Erbe sein soll. Dann fällt dem Dritten die gesammte Erbschaft zwar ebenso wie bei Anwendbarkeit des § 2269 mit dem Tode des Ueberlebenden an (§§ 1922, 2139), jedoch nicht in ihrem Gesammtumfang als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten, sondern auf Grund zweier verschiedener Berufsgründe. Den Nachlaß des Zuerstversterbenden erwirbt er als dessen Nacherbe, den des Ueberlebenden als dessen Erbe. Dieser Unterschied ist für den Fall von wesentlicher Bedeutung, daß der Dritte nach dem zuerst sterbenden Ehegatten, aber vor dem Ueberlebenden verstirbt. Denn während er den Nachlaß des letzteren nach der Regel des § 1923 nicht erwirbt, das Recht auf ihn daher auch nicht auf seine Erben übertragen kann, geht sein Recht auf den Nachlaß des Zuerstverstorbenen gemäß § 2108 Abs. 2 — falls nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen — auf seine Erben über.

Diese Rechtswirkungen beruhen darauf, daß der hier behandelte Fall sich in seiner Grundlage von dem des § 2269 unterscheidet. Denn die Erblasser gehen in diesem Falle nicht von der Annahme aus, welche der Gesetzbestimmung des § 2269 zu Grunde liegt, d. h. von der Annahme der Einheitlichkeit ihres beiderseitigen Nachlasses, sondern sie betrachten den letzteren trotz der Gemeinschaftlichkeit des Testaments als zwei besonders zu vererbende Vermögensmassen.

b) Es ist aber auch der Fall möglich, daß die Erblasser ihr beiderseitiges Vermögen als einheitliches betrachten und trotzdem eine Anordnung treffen, welche von der im § 2269 festgelegten Regelung abweicht. Die Erblasser können nämlich bestimmen, daß der Dritte bezüglich des gesammten Nachlasses als Erbe des zuerstversterbenden Ehegatten angesehen werden soll.

Durch diese Anordnung beabsichtigen die Erblasser, wenn sie nicht in unzweideutiger Weise einen anderen Willen erkennen lassen, weder den Zeitpunkt des Erbanfalls noch den Rechtscharakter des Erbrechts des Dritten zu bestimmen. Eine solche letztwillige Verfügung ist vielmehr dahin aufzufassen, daß durch sie die Anordnung einer Vulgarsubstitution — Ersatzerbeinsetzung — für den Fall zum Ausdrucke gebracht werden soll, daß der Dritte zwischen den beiden Ehegatten stirbt.

2. In den Fällen der §§ 2269 und 2280 tritt sofort mit dem Tode des Erstverstorbenen der Ehegatten eine Verschmelzung seines Nachlasses mit dem Vermögen des Ueberlebenden ein, weil nur unter dieser Voraussetzung der Dritte als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten für den gesammten Nachlaß angesehen werden kann. Der auf den beiderseitigen Nachlaß eingesetzte Dritte hat mithin mit dem Tode des Erstversterbenden noch kein vererbliches Recht auf dessen Nachlaß, der für den überlebenden Ehegatten auszustellende Erbschein hat die Verfügung über den beiderseitigen Nachlaß nicht zu erwähnen, auch treffen den Ueberlebenden dem Dritten gegenüber keine Pflichten in Bezug auf die Erhaltung des Nachlasses des Erstverstorbenen. Bollenbeck, DNotV3. **01** 396.

3. Ist aus einem gemeinschaftlichen Testamente zweier Ehegatten der eine Gesammterbe mit dem Rechte der freien Verfügung über das gesammte eheliche Vermögen sowohl unter Lebenden als von Todeswegen geworden, so braucht er zur Umschreibung eines zum Gesammtgute gehörenden Grundstücks nicht der Zustimmung des in dem Testament eingesetzten Nacherben. LG. HansGerZ. Beibl. **01** 83.

§ 2270. 1. In allen Fällen der Korrespektivität ist die Verfügung des einen durch diejenige des anderen Testators suspensiv bedingt dergestalt, daß der

Widerruf der einen die andere rückwärts ipso iure beseitigt. Deshalb kann der bloße Wille des Nichtwiderrufenden eine rechtliche Wirkung auf den Fortbestand seiner Verfügung nicht ausüben. Loewenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente 57.

2. Bei dem korrespektiven Testamente liegen in den beiden letztwilligen Verfügungen zwei einseitige, selbständige rechtsgeschäftliche Willensakte der zwei Erblasser vor, die durch nichts Anderes als lediglich durch den eigenen, von dem Gesetzgeber als wirksam anerkannten Willen der beiden Erblasser in ihrer Wirksamkeit dergestalt von einander abhängig gemacht worden sind, daß die eine Verfügung mit der anderen steht und fällt. Diese zwei Rechtsgeschäfte werden weder durch diese gewillkürte Abhängigkeit noch durch die Gemeinschaft des Errichtungsakts, noch auch durch die Gemeinschaft des Testirzwecks zu einem nach dem Stempelsteuergesetze steuerpflichtigen Rechtsgeschäfte, zu einer letztwilligen Verfügung. **RG. 50** 308 ff.

3. Der Dritte ist, wenn auch Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten, doch gegen fraudulöse Beeinträchtigungen von dessen Seite wie ein Vertragserbe zu schützen. **RG. JW. 00** 830 Nr. 11.

§ 2271. 1. Die Aufhebung eines gemeinschaftlichen Testaments kann bei Lebzeiten der Ehegatten nicht durch Widerruf eines Ehegatten mit formloser Zustimmung des anderen erfolgen, sondern bedarf des gemeinschaftlichen Widerrufs. Küntzel a. a. O. 605; vgl. auch Hellmann a. a. O. 224 f.; a. M. Strohal 58.

Kann der überlebende Ehegatte die von ihm in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen korrespektiven Bestimmungen bei Vorliegen der Anfechtungsgründe aus §§ 2078, 2079 widerrufen? Bejaht von Strohal 59, Hellmann a. a. O. 225.

2. Abs. 1. Der widerrufende Ehegatte kann sofort mit der gerichtlichen oder notariellen Erklärung des Widerrufs und noch vor dessen Mittheilung an den anderen Ehegatten ein anderweites Testament errichten. Die volle Wirksamkeit des letzteren hängt alsdann von der nachträglichen Mittheilung des Widerrufs ab. Jastrow Th. II 298 Anm. 7.

3. Abs. 1 Satz 2. Ein Einzeltestament oder ein von einem Ehegatten mit einem Dritten geschlossener Erbvertrag ist selbst bei Zustimmung des anderen Ehegatten zur Aufhebung korrespektiver Verfügungen nicht geeignet. Leske 1250; Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 605 ff.; Cosack II § 360 Anm. 18; Endemann III § 45 Anm. 18; Frommhold, Anm. 2b zu § 2271; Planck V 504, Anm. 2b zu § 2271; Peiser, Testamentsrecht 340. A. M. Strohal 185, 187.

4. Ueber den Widerruf korrespektiver Testamente vgl. **RG. 6** 174, **22** 276.

5. Abs. 2. Der Ueberlebende ist zur Aufhebung gemäß § 2294 nur berechtigt, wenn der Bedachte sich Vergehungen zu Schulden kommen läßt, welche klar ergeben, daß der Erstverstorbene sicher den Schritt billigen würde, wenn er noch lebte. Loewenwald a. a. O. 49.

6. Für das gemeine Recht hat das **RG.** die auch hier zur Geltung zu bringende Ansicht vertreten: Der Längstlebende hat sich durch den Erbschaftsantritt aus dem korrespektiven Testament an seine mit Rücksicht auf den Verstorbenen getroffenen Anordnung dergestalt gebunden, daß er fernerhin nicht in der Lage ist, zu Ungunsten der dadurch Bedachten rechtswirksam zu testiren. Bei dieser einmal eingetretenen Gebundenheit verbleibt es auch dann, wenn nachträglich das Testament des Längstlebenden durch anderweitige Ereignisse, insonderheit durch Entstehung von Notherben entkräftet wird; der rechtsgültig erfolgte Erbschaftsantritt, der die Bindung bewirkt, läßt sich ohne Anwendung willkürlicher Unterstellungen nicht rückgängig machen. Die Bedeutung der bleibenden Bindung trotz

Entkräftung des Testaments aber ist die, daß der Längstlebende mit rechtsverbindlicher Kraft keine letztwilligen Verfügungen treffen kann, durch die die im wechselseitigen Testamente Bedachten ungünstiger gestellt werden, als sie durch die Entkräftung des Testaments gestellt worden sind. **RG.** JW. **02** 370 Nr. 37.

7. Ein unter der Herrschaft des preußischen ALR. von Eheleuten errichtetes korrespektives Testament kann von einem Ehegatten bei Lebzeiten des anderen (entgegen der Vorschrift des § 2271) durch eine neue Verfügung von Todeswegen nach dem 1. Januar 1900 aufgehoben werden, weil die Frage der Bindung und deshalb auch die Frage der Widerruflichkeit gemäß Art. 214 EG. z. BGB. nach den bisherigen Gesetzen, hier also nach § 485 II. 1 ALR. zu beurtheilen ist. **RG. 50** 316 ff.

§ 2273. 1. Ob und wann ein gemeinschaftliches Testament, bzw. Theile desselben eröffnet werden sollen, richtet sich ausschließlich nach § 2273. Soweit sich die Verfügungen des überlebenden Ehegatten nicht sondern lassen, ist das ganze Testament nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten zu verkünden, und eine Wiederholung der Verkündung findet nach dem Tode des zweitsterbenden Ehegatten nicht statt. Soweit sich aber Verfügungen des überlebenden Ehegatten sondern lassen, greifen Satz 2 und 3 des § 2273 Platz und findet nur eine Theileröffnung statt. Nur in diesem Falle ist von den Verfügungen des Erstverstorbenen eine beglaubigte Abschrift anzufertigen, das Testament zu schließen und wieder in amtliche Verwahrung zu bringen und nach dem Tode des zweiten Ehegatten zu öffnen und zu verkünden. OLG. **2** 63 (Hamburg), Seuff. A. **56** 189, RJA. **1** 185, CBlFrG. **1** 731.

2. Gütergemeinschaftliche Eheleute hatten in einem nach 1. 1. 1900 errichteten gemeinschaftlichen Testamente Bestimmung getroffen, wie nach dem Tode des letzlebenden Ehegatten das dann noch vorhandene Vermögen unter ihren Kindern zu theilen sei. Nach dem Tode des zuerst verstorbenen Ehemanns war das Testament dem vollen Inhalte nach zu verkünden. OLG. **1** 379 (BayrObLG.), RJA. **1** 180, CBlFrG. **1** 728, KGJ. **21** D 5.

3. Bei der Zurücknahme in die amtliche Verwahrung, welche nach der Verfahrensvorschrift des § 2246 stattfindet, ist die Zuziehung des überlebenden Ehegatten nicht erforderlich. Hirschberg, PosMschr. **00** Nr. 7/8.

4. Ist das gemeinschaftliche Testament, weil es Verfügungen enthält, die sich nicht sondern lassen, nach seinem ganzen Inhalte verkündet, so ist es nicht wieder zu verschließen, sondern offen bei den Akten zu behalten. Drewes, DJZ. **01** 231; Bischoff, R. **00** 293; KGJ. **24** A 5.

5. Haben die Ehegatten einander in dem gemeinschaftlichen Testamente lediglich als Erben eingesetzt, ohne andere Verfügungen zu treffen, so ist das Testament des überlebenden Ehegatten, da es mit dem Tode des anderen hinfällig geworden ist, gleichfalls nicht wieder zu verschließen. Körner, R. **01** 947. Ebenso Grimm, DJZ. **01** 553 gegen Drewes das. 231.

6. Das Original eines privatschriftlichen, nicht in besonderer amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments muß nach der theilweisen Eröffnung verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden. Wenn auch § 2273 von „Zurückbringen" spricht, anscheinend also den Fall voraussetzt, daß eine amtliche Verwahrung bereits bestanden hat, so liegt doch nur ein laxer Ausdruck des Gesetzes vor. Denn nach § 2300 ist die Anwendung des § 2273 Satz 3 für nicht in besonderer amtlicher Verwahrung befindliche Erbverträge ausgeschlossen. Dies wäre überflüssig, wenn der Satz 3 sich ohnehin schon nur auf solche Testamente bezöge, welche sich in besonderer amtlicher Verwahrung befinden. Kleineidam, R. **01** 113. Ebenso Bischoff, R. **00** 293 und Dronke RheinAB. 41.

A. A. Körner, R. 01 94 f. Danach ist das gemeinschaftliche Testament, welches dem Nachlaßgerichte zur Eröffnung übergeben war, dem bisherigen Besitzer zurückzugeben und wird in die besondere amtliche Verwahrung nur zurückgebracht, wenn es vorher in diese gegeben war, ist dann auch unter einer neuen Nummer im Verwahrungsbuch einzutragen, wie auch dem Ueberlebenden ein neuer Hinterlegungsschein ertheilt werden soll. Vgl. auch Goslich, CBlFrG. 3 96.

7. Der Verkündigungsvermerk ist nach Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments auf das Originaltestament zu setzen und mit in die zu fertigende beglaubigte Abschrift aufzunehmen. In dem Vermerke sind die nicht verkündeten Verfügungen des überlebenden Ehegatten zu bezeichnen. Bischoff, R. 00 293 f.

8. Dasjenige Gericht, welches ein gemeinschaftliches Testament in Verwahrung hat, muß bei der Testamentseröffnung nach dem Tode des erstverstorbenen, anderwärts wohnenden Ehegatten das Testament wieder in seine eigene Verwahrung nehmen und hat an das Nachlaßgericht des verstorbenen Ehegatten beglaubigte Abschrift der letztwilligen Verfügung desselben zu übersenden. § 2261 bezieht sich nur auf einfache Testamente, ferner enthält § 2273 nur eine Theileröffnung des gemeinschaftlichen Testaments. KGJ. 20 A 262; OLG. Königsberg, CBlFrG. 1 448.

9. Umfaßt der Verkündigungsakt nach dem Tode eines Ehegatten die beiden nicht aussonderungsfähigen Dispositionen der beiden Testatoren, so ist für die Gebührenrechnung der Werth der beiden Vermögensmassen maßgebend. KGJ. 24 B 7; vgl. auch Körner, R. 01 94 f.

Vierter Abschnitt.

Erbvertrag.

§ 2275. 1. Nachträgliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu einem vor erreichter Volljährigkeit eingegangenen Erbvertrage verleiht diesem keine Gültigkeit. Süßheim, Altersstufen 63.

2. Abs. 2. Die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigte minderjährige Ehefrau kann mit ihrem Ehemann einen Erbvertrag abschließen, ist aber unfähig, ein Testament zu errichten (Süßheim 64).

Hat eine minderjährige Ehefrau als Erblasserin mit ihrem Ehemann in der von § 2276 Abs. 1 vorgeschriebenen Form, aber ohne die nach § 2275 Abs. 2 erforderliche Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters einen Erbvertrag geschlossen, so kann sie ihn nach erlangter Volljährigkeit formlos rechtswirksam genehmigen. Bendix, R. 00 280 ff. (gegen Meischeider, daselbst 201 ff.).

Ebenso Strohal 60 f.: Ein vom beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten als Erblasser in der vorgeschriebenen Form geschlossener Erbvertrag wird auch durch mündliche Genehmigung nach erlangter Geschäftsfähigkeit rechtswirksam.

§ 2276. 1. Abs. 1. Welche Modifikationen die §§ 2233—2245 bei der Errichtung von Erbverträgen durch die Natur der Sache erleiden, ist eingehend erörtert bei Jastrow Th. I 194 Anm. 4.

Ebenso wie beim gemeinschaftlichen Testamente (§ 2265) müssen auch beim Erbvertrage beide Theile sich derselben Form bedienen. Th. I 193 Anm. 3.

Wie hierbei praktisch zu prozediren ist, wenn die Formen des eines Theiles dem anderen Theile nicht zu Gebote stehen, ist ebenda eingehend erörtert.

Wird der Erbvertrag mit einem Vertrage verbunden, welcher gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf (auch Ehevertrag), so kann er nicht durch Uebergabe einer Schrift, sondern nur mittelst mündlicher Erklärung des Inhalts errichtet werden. Th. I 196 f. Anm. 8 u. 9, Th. II 315 f.

Dies gilt namentlich auch dann, wenn in den Erbvertrag eine Abrede aufgenommen wird, die den Charakter des Erbverzichts trägt. Th. II 311, 324.

2. Abs. 2. Die erleichterte Form des Ehe- und Erbvertrags setzt das Vorhandensein von Abreden über das eheliche Güterrecht voraus; ein bloßes Eheversprechen ist kein Ehevertrag.

Sie setzt ferner voraus, daß der Erbvertrag nur unter den Verlobten oder Ehegatten geschlossen wird. Erbvertragsmäßige Abrede mit Dritten genießen die Erleichterung nicht. Th. II 216.

Dagegen findet die erleichterte Form auch dann Anwendung, wenn in dem Erbvertrage mit bloßer Testamentswirkung ausgestattete Verfügungen (§ 2299) getroffen werden. Th. I 195 Anm. 8c.

Auch ist nicht Voraussetzung, daß der Erbvertrag unter Verlobten auf den Fall des Zustandekommens der Ehe geschlossen wird. Th. I 195 Anm. 6.

§ 2277. 1. Der in amtliche Verwahrung genommene Ehevertrag kann nur den Vertragschließenden gemeinsam zurückgegeben werden. Dronke, RheinAB. **18** 37.

2. Abs. 1. Jastrow Th. I 197 Anm. 2d. Errichten die Parteien einen Erbvertrag durch Uebergabe einer verschlossenen Schrift und verlangen sie die Ausschließung der besonderen amtlichen Verwahrung, so wird die Schrift verschlossen in die Akten geheftet. Eine Ausfertigung der Verhandlung kann in diesem Falle nicht erfolgen.

Erbverträge, die nicht in besondere amtliche Verwahrung gebracht sind, sind beim Tode des Erblassers nicht zur Eröffnung an das Nachlaßgericht abzuliefern. Th. I 197 Anm. 2e.

Haben die Parteien die besondere amtliche Verwahrung ausgeschlossen, so können sie nachträglich eine solche nicht mehr verlangen. Dagegen können sie im umgekehrten Falle das Aufhören der besonderen amtlichen Verwahrung verlangen. Alsdann wird die Schrift an dasjenige Gericht oder denjenigen Notar herausgegeben, welcher sie aufgenommen hat. Von diesem wird die Schrift geöffnet und zum Bestandtheile der Akten gemacht. Eine Herausgabe des Erbvertrags an die Parteien ist unstatthaft. Th. I 198 Anm. 2f u. Th. II 319.

3. Abs. 1 Satz 2. Der Erbvertrag war nicht in amtliche Verwahrung zu bringen, da er zugleich die vertragsmäßige Aufhebung eines Theiles des von den Vertragschließenden früher vereinbarten Erbvertrags enthielt, andererseits eine bezügliche Anordnung von denselben nicht getroffen war. KGJ. **20** A 151.

§ 2278. 1. Es ist scharf zu unterscheiden zwischen den „vertragsmäßigen" Zuwendungen von Todeswegen, die den Gegenstand des Erbvertrags als solchen bilden, und den einseitigen Verfügungen, welche von den Vertragschließenden mit dem Erbvertrage verbunden worden sind. OLG. Dresden, SächsA. **11** 517.

2. Nach Böhm 141 kann der Vertragserbe dem Erblasser gegenüber auf das Recht der Entsagung verzichten, nicht aber auf das Recht zur Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung. Vgl. auch u. zu § 2346.

§ 2279. Hellwig, Verträge: Der Inhalt des Erbvertrags steht nicht theilweise unter Vertragsgrundsätzen, und theilweise unter denen der Verfügung von Todeswegen, sondern die Grundsätze sind gleich für frei widerrufliche und bindende Verfügungen. Das gilt insbesondere für die Anfechtung (604, 651 f.). Dagegen steht die Anfechtung des Geschäfts, mit Rücksicht auf welches die erbvertragsmäßige Verfügung getroffen wurde, durchaus unter den Grundsätzen für die Rechtsgeschäfte inter vivos. Eine Anfechtung des letzteren Geschäfts bewirkt nicht die Ungültigkeit, sondern höchstens die Anfechtbarkeit des Erbvertrags nach § 2078 (655).

§§ 2281—2284. Ueber die Voraussetzung und Form der Anfechtung und den Empfänger der Anfechtung. Hellwig 650 ff.

§ 2281. Die Wirksamkeit der Anfechtung eines Erbvertrags seitens des Erblassers wegen irrthümlicher Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten ist nicht davon abhängig, daß der Pflichttheilsberechtigte den Erbfall erlebt. Strohal 61 f.; Küntzel a. a. O. 608 f.; a. A. Hellmann a. a. O. 225.

Die pflichttheilsberechtigte zweite Ehefrau ist durch einen sie übergehenden Erbvertrag nicht vom Erbrecht ausgeschlossen, auch nicht auf den Pflichttheil beschränkt, sondern kann trotz derselben mindestens ihren gesetzlichen Theil verlangen. Die Vernichtung der Verfügung kann nur auf dem Wege der Anfechtung erfolgen, die der zeitlichen Schranke des § 2283 unterliegt. OLG. Jena, CBlFrG. 2 663 ff.

§ 2284. Die Bestätigung bedarf keiner besonderen Form (§ 144 Abs. 2). Leske 1259; Mot. V 323; Prot. II 7271 (V 386); Endemann III § 61 Anm. 18; Strohal 63, 197 Anm. 8; Jastrow II 318; Planck V 531 Anm. 1 zu § 2284. A. M.: Hellwig, Verträge auf Leistungen Dritter 660 ff.; Frommhold, Anm. 2 zu § 2284.

§ 2286. Durch den Abschluß des Erbeinsetzungsvertrags ist der Erblasser in Verfügungen unter Lebenden über sein Vermögen nicht beschränkt, da der Vertragserbe nur dasjenige Vermögen zu beanspruchen hat, welches im Augenblicke des Todes des Erblassers vorhanden ist. Lediglich gegen arglistige Beeinträchtigungen der durch den Erbvertrag begründeten Ansprüche wird ein Schutz gegeben und demgemäß dem Vertragserben nach dem Tode des Erblassers die Befugniß zur Anfechtung fraudulofer Veräußerungen unter Lebenden gegenüber dem dritten Erwerber von Nachlaßobjekten gewährt. RG. JW. **00** 399 Nr. 23.

§ 2287. 1. Die Schenkung kann sich unter Umständen in die Form eines anderen Vertrags kleiden; so kann der Verpflegungsvertrag als verschleierte Schenkung anzusehen sein. RG. **28** 171.

2. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, nach Abschluß des Erbvertrags ein Schenkungsversprechen ertheilt, so kann der Erbe die Erfüllung verweigern und zwar auch nach Ablauf der im Abs. 2 vorgesehenen dreijährigen Frist. Vgl. Entw. I § 1952 Abs. 2, Mot. V 330, Prot. II 7285 (V 394). Leske 1360 Anm. 2.

§ 2288. Unter dem Werthe im Sinne dieses Paragraphen ist nur der gemeine Werth zu verstehen. Kleineidam, Unmöglichkeit 70.

§ 2289. 1. Nach Abschluß eines Erbvertrags errichtete letztwillige Verfügungen sind wirksam, wenn eine Beeinträchtigung des Vertragserben deshalb, weil derselbe die Erbschaft nicht antreten kann oder will, ausgeschlossen ist. Böhm 104, 141; Strohal 65 Anm. 6.

2. Der Erblasser kann sich im Erbvertrage vorbehalten, testamentarische Beschränkungen für den Vertragserben zu treffen. Strohal 65 f.

3. Eine letztwillige Zuwendung, die durch alteri stipulari (§ 331) gemacht ist, fällt unter diese Vorschrift. Hellwig Verträge 389.

§§ 2290—2292. Hellwig, Verträge 643 ff. führt aus: Wie der Inhalt des Erbvertrags nur eine Verfügung des Erblassers ist, so kann diese auch nur durch ihn (nicht durch den anderen Vertragstheil) aufgehoben werden. Dieser Widerruf der Verfügung bedarf bald der Zustimmung des anderen Theiles und wird in dem Gesetz als „Aufhebung" bezeichnet, bald bedarf er der Zustimmung nicht und heißt dann in den einen Fällen „Rücktritt", in den anderen „Anfechtung".

Die „Aufhebung" geschieht:

a) bei Vermächtnissen und Auflagen durch Testament (jeder Art); die Zustimmung des anderen kann vorher, gleichzeitig oder nachträglich gegeben

werden (§ 2291); vorherige liegt auch darin, daß der Erbvertrag sogar unter Vorbehalt des einseitigen Rücktritts geschlossen wurde;

b) bei Erbverträgen zwischen Ehegatten genügt ein gemeinschaftliches Testament jeder Art (§ 2292);

c) nur bei Erbverträgen anderen Inhalts ist ein „Vertrag" erforderlich (§ 2290).

Auch hier ist der Widerruf des Erblassers das Wirkende, die Zustimmung des anderen Theiles hat materiell keine andere Bedeutung als in den Fällen a und b. Ein Vertrag liegt hier ebensowenig vor, wie dort. Eine Verfügung von Todeswegen errichtet bei der Aufhebung nur der Erblasser, deshalb muß er und nur er persönlich handeln und muß er testirfähig, aber nicht mehr als dies sein. Die Vorschrift des § 2290 Abs. 2 ergiebt sich für die Fälle unter a und b aus §§ 2064, 2229, 2253, 2254. Verschieden für die 3 Fälle ist also nur die Form, in welcher der Widerruf und die Zustimmung erfolgt. Zustimmung des Dritten ist niemals erforderlich. Für ihn ist, wie bei einem Testamente, nur eine Anwartschaft begründet. Mit dem Dritten ist nur ein Erbverzichtsvertrag möglich.

Der Widerruf kann sich auf die Verfügung und die Bindung oder nur auf die letztere erstrecken. Er ist völlig zu trennen von der Aufhebung des Vertrags, mit Rücksicht auf welchen die erbvertragsmäßige Verfügung getroffen wurde. Diese letztere Aufhebung steht ganz unter den gewöhnlichen Grundsätzen. (626 ff.).

§ 2290. 1. Abs. 1. Der Vertrag über Aufhebung eines Erbvertrags wird nicht zur besonderen amtlichen Verwahrung gebracht.

Handelt es sich um eine Aufhebung unter Verlobten oder Eheleuten, so ist die erleichterte Form (§ 2276 Abs. 2) alsdann gestattet, wenn mit dem Aufhebungsvertrag ein Ehevertrag verbunden wird, ein Fall, der auch dann vorliegt, wenn hierbei ein früherer Ehevertrag lediglich aufgehoben wird. Gleichgültig ist dagegen, ob der ursprüngliche Erbvertrag mit einem Ehevertrage verbunden war oder nicht. Jastrow Th. II 319.

2. Aus §§ 105, 2290 ergiebt sich, daß der Erbvertrag überhaupt nicht wieder aufgehoben werden kann, wenn der Erblasser nach Abschluß des Vertrags geschäftsunfähig wird, selbst wenn der eingesetzte Erbe völlig dazu bereit ist. Bochalli, Die Ausnahme vom Vertretungsprinzipe 46.

§ 2291. Abs. 1. Zur Wirksamkeit der Aufhebung eines erbvertragsmäßigen Vermächtnisses durch Testament ist die Zustimmung des anderen Vertragschließenden selbst dann erforderlich, wenn dieser allein der mit dem Vermächtnisse Belastete ist. Jastrow Th. II 322 Anm. 6.

§ 2292. Ein vom beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten zur Aufhebung seines Ehevertrags errichtetes wechselseitiges Testament wird nach Strohal 66 auch durch mündliche Genehmigung nach erlangter Geschäftsfähigkeit rechtswirksam.

Nicht nur ein Erbvertrag im Ganzen, sondern auch eine einzige vertragsmäßige Verfügung kann durch gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden. Jastrow II 321 Anm. 2.

Zur Errichtung des wechselseitigen Testaments bedarf es der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nicht; in diesem Falle ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten selbst gegenüber zu erklären. Schultheis 130³.

§§ 2293—2297. Der „Rücktritt" ist der nicht zustimmungsbedürftige Widerruf der Verfügung, der wirksam ist kraft Vorbehalts (§ 2293), wegen Ver-

fehlung gegen den Erblasser (§ 2294) und aus den Gründen des § 2295 (konkurrirend hiermit möglicherweise Anfechtung) Hellwig 655. Der Widerruf ist Verfügung von Todeswegen, im Falle des § 2297 wird sie im Gesetz als Testament bezeichnet, sonst erfolgt sie durch Erklärung an den anderen Theil (wie beim gegenseitigen Testament), ist aber materiell nichts Anderes, als in jenem Falle. Der Widerruf als „Rücktritt" kann trotz Beschränkung der Geschäftsfähigkeit durch den Erblasser (ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters) erfolgen. Der Widerruf kann sich auch auf die Aufhebung der Bindung beschränken.

Rücktritt als Widerruf der Verfügung und Rücktritt von dem Rechtsgeschäfte, mit Rücksicht auf welches jene getroffen wurde, sind auch hier zu scheiden. Der andere Vertragstheil kann zurücktreten in dem letzteren Sinne, in dem ersteren Sinne kann es nur der Erblasser, und beim gegenseitigen Erbvertrage nur derjenige, für welchen der Rücktrittsgrund besteht. Hellwig 639 ff., 607.

Ist eine beschränkende Verfügung vorbehalten, so ist § 2296 Abs. 2 unanwendbar (645).

§ 2293. Die §§ 2293 ff. beziehen sich nur auf den Rücktritt des Erblassers. — Der Vertragsnatur des Erbvertrags entsprechend ist aber auch dem Vertragsgegner das Recht einzuräumen, sich den Rücktritt vorzubehalten; ohne solchen Vorbehalt hat er kein Rücktrittsrecht. Leske 1265 Anm. 2; Mot. V 342; Schiffner 186; Frommhold, Anm. 1 zu § 2293; Planck V 546 Vorb. 3 zu §§ 2293—2298. A. M. Endemann III § 60 Anm. 29.

§ 2298. Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Widerruf auf Grund der §§ 2294, 2295 erfolgt, hier gilt § 2297; Abs. 2 bezieht sich nur auf Rücktritt kraft Vorbehalts. Dieses Rücktrittsrecht kann nach dem Tode des anderen Erblassers nur noch ausgeübt werden, wenn der Ueberlebende bzw. der bedachte Dritte die Zuwendung ausschlägt. Satz 2 u. 3 des Abs. 2 bilden eine einheitliche Norm. (Hellwig a. a. O.)

§ 2299. 1. Hellwig 615 ff. Der Erbvertrag ist keine Verbindung verschiedenartiger Verfügungen, sondern eine Geschäftsform, in welcher der Erblasser Verfügungen von Todeswegen regulärer Weise sowohl bindend als frei widerruflich — das bedeutet „einseitig" — treffen kann. Es giebt keine Präsumtion dafür, daß der gesammte Inhalt eines „Erbvertrags" bindend sei, namentlich nicht für Verfügungen, welche in einseitigen Erbverträgen neben den zu Gunsten des anderen Theiles getroffenen zu Gunsten Dritter gemacht werden und sich als Belastungen des anderen Vertragstheils darstellen. Ist bei gegenseitigem Erbvertrag ein Dritter bedacht, so ist es ein wichtiges Interpretationsmoment, ob beide Theile zu dem Dritten in einem solchen Verhältnisse stehen, welche den Grund einer Zuwendung abzugeben pflegen oder nicht, ob die zu Gunsten des anderen Theiles und zu Gunsten des Dritten getroffenen Verfügungen in materiellem Zusammenhange stehen (615). Ist bezüglich einer einzelnen Verfügung der Rücktritt, Widerruf u. s. w. vorbehalten, so bedeutet dies in dubio Letztwilligkeit dieser Verfügung (640). — Darüber, ob eine Verfügung bindend sei, ist Feststellungsurtheil zwischen den Vertragstheilen möglich und für den Dritten bindend (619 u. 277). Daß Widerruf — sei es einseitiger, sei es zustimmungsbedürftiger — den ganzen Inhalt der Verfügung ergreift, wenn er nicht auf Theile derselben begrenzt wird (§ 2299), ist von dem bezeichneten Standpunkt aus eine selbstverständliche Vorschrift (650).

2. Ueber die Frage, ob ein ungültiger Erbvertrag, sofern er die Erfordernisse eines Testaments enthält, als solches aufrecht erhalten werden kann, s. Böhm 136, 147.

§ 2300. 1. Das Nachlaßgericht kann die Ablieferung von Erbverträgen, welche von einem Notar aufgenommen und nach dem Willen der Betheiligten

nicht in gerichtliche Verwahrung zu bringen waren, nach dem Tode eines Betheiligten nicht verlangen. Unerheblich ist, ob im Erbvertrage sich gleichzeitig testamentarische Bestimmungen befinden. OLG. 1 295 (KG.), KGJ. **20** A 151.

Dagegen **uG. 48** 96: Nach dieser an sich unzweideutigen Vorschrift müssen die §§ 2259—2263 in ihrem vollen Umfang, und von § 2273 die Bestimmung des ersten Satzes in entsprechender Weise bei allen Erbverträgen angewendet werden, gleichviel ob der betreffende Erbvertrag sich nur in derjenigen gewöhnlichen amtlichen Verwahrung befindet, welcher er in Folge seiner notariellen oder gerichtlichen Aufnahme von Anfang an ohne Weiteres unterlag, oder ob er, entsprechend der Regel des § 2277, verschlossen im Wege der Hinterlegung in die von den Landesgesetzen verschieden geordnete „besondere" amtliche Verwahrung gebracht worden war.

Insbesondere ist auch die entsprechende Anwendung des § 2259 BGB. bei offenen Erbverträgen geboten. Nach § 2259 Abs. 1 und 2 ist jedes Testament nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht auszuliefern. Diese Ablieferungspflicht trifft auch die Notare und zwar nicht bloß in dem Falle, wenn ihnen die Ausübung der besonderen amtlichen Verwahrung i. S. der §§ 2246, 2277 durch die Landesgesetze übertragen worden ist. § 2259 BGB. hat auch die Fälle im Auge, in welchen die vom Notar aufgenommene letztwillige Verfügung zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht in die besondere amtliche Verwahrung hat gebracht werden können oder wo es nach dem zur Zeit der Testamentserrichtung geltend gewesenen Rechte einer derartigen Hinterlegung gar nicht bedurft hatte, demgemäß hat der Notar auch die von ihm in Abschrift offen bei den Akten verwahrten Erbverträge zum Zwecke der Eröffnung an das Nachlaßgericht abzuliefern. Die Publikation ist erforderlich (vgl. §§ 2260—2263, 2306); (auch PreußJustMinBl. **01** 121, R. **01** 313, JW. **01** 324 ff.).

In gleichem Sinne: LG. Karlsruhe, BadRspr. **01** 176; Dronke, Rhein. AB. **18** 39. Ebenso Cohn, JW. **00** 731; Brunner, BayrNotZtg. **01** 128; Oehl, das. 133 und **02** 5; Blengels, RheinNotZtg. **00** 49 ff.; besonders Dennler, Seuff. Bl. **66** 398 ff.: Alle Erbverträge, auch die nicht in besonderer amtlicher Verwahrung befindlichen, sind zu eröffnen; es folgt dies schon aus Halbsatz 1 des § 2300, da dieser den § 2273 ganz allgemein für Erbverträge anwendbar erklärt; eines Eingehens auf das gegensätzliche Verhältniß des Halbsatzes 2 zum Halbsatze 1 bedarf es garnicht, es wäre auch unbehelflich, da dem Halbsatze 2 eine eigentliche Bedeutung gar nicht beiwohnt: nach ihm finden die Vorschriften des § 2273 Satz 2, 3 nur dann Anwendung, wenn der Erbvertrag sich in besonderer amtlicher Verwahrung befindet, diesem Wortlaute nach müßten die betr. Vorschriften an sich auch noch auf andere Fälle des Erbvertrags anwendbar sein; solche andere Fälle aber giebt es nicht; es hat also Halbsatz 3 gar keinen Sinn. (399.)

Daß die Eröffnung auch von Erbverträgen, die vielleicht schon ausgefertigt sind, nicht zwecklos ist, ergiebt sich daraus, daß ohne die Verkündung die Ausschlagungsfrist für den Vertragserben überhaupt nicht beginnen würde. (400.)

2. Ueber Verfügung der Vorstände des OLG. Colmar, betreffend die Ablieferung von Erbverträgen s. R. **00** 192.

§ 2301. 1. Zum Begriffe gehört, daß ein (akzeptirtes) Schenkungsversprechen unter der Bedingung ertheilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt; diese Bedingung wird in der Regel anzunehmen sein, wenn bei einer bestimmten Lebensgefahr die Schenkung erklärt wird. Einem derartigen Schenkungsversprechen steht auch ein unter der gleichen Bedingung ertheiltes Schuld-

versprechen oder Schuldanerkenntniß der in den §§ 780, 781 BGB. bezeichneten Art gleich. Bendix, Privatr. 872.

2. Abs. 1 enthält eine gesetzliche Konversion: das unter der Bedingung des Ueberlebens gegebene Schenkungsversprechen ist als Erbvertrag zu behandeln, es erzeugt nicht eine bedingte Verpflichtung des Versprechenden, die auf den Erben übergeht, sondern erst für diesen entsteht die Vermächtnißverpflichtung. Bezieht sich das „Schenkungsversprechen" auf das Vermögen (als Einheit), so ist es als Erbeinsetzung zu behandeln. Ein solches „Schenkungsversprechen" zu Gunsten eines Anderen als des Mitkontrahenten ist gültig als Vermächtnißvertrag Hellwig 594 f.

3. Abs. 2. a) Diese Bestimmung setzt voraus, daß sowohl die bereichernde Rechtsänderung bewirkt wird, als auch daß die Schenkungsvereinbarung vor dem Tode zu Stande kam. Anders im Falle fideicommissa a debitore relicta Hellwig 592 f, 623 ff., 352 ff.

b) Der Schenker kann sich den freien Widerruf nicht vorbehalten. Leske 1270 Anm. 1; Frommhold 269 Anm. 2 zu § 2301; Endemann III 270 Anm. 16. A. M.: Hellwig 594; Planck V 560 Anm. 3.

4. Tödtung oder Verletzung eines Angehörigen des Erblassers im Zweikampfe berechtigt diesen zum Widerrufe der bereits vollzogenen Schenkung von Todeswegen. Hoeniger, R. **01** 225.

5. Ist in einem vor 1900 errichteten Ehevertrag die Nutznießung des Nachlasses für den Fall kinderlosen Versterbens schenkungsweise dem überlebenden Ehegatten zugewendet, so steht diesem bei Eintritt des genannten Falles nach Inkrafttreten des BGB. die Wahl zwischen seinem gesetzlichen Erbtheil und der Nutznießung zu. OLG. **4** 133 (Colmar), R. **02** 103; Puchelts Z. **33** 97.

Fünfter Abschnitt.
Pflichttheil.

§ 2303. Das Pflichttheilsrecht des BGB. ist kein Erbrecht, sondern begründet nur einen persönlichen Anspruch des Pflichttheilsberechtigten gegen den Erben auf Zahlung einer Geldsumme. LG. Colmar, R. **01** 436; vgl. **RG. 6** 247, **21** 272, **23** 224.

Für diesen Anspruch haftet, wenn der Erbe eine in Fahrnißgemeinschaft verheirathete Ehefrau ist, in der Regel nicht nur die Ehefrau mit ihrem eingebrachten Gute und Vorbehaltsgute, sondern sammtverbindlich mit ihr der Ehemann persönlich und mit dem Gesammtgut. Ist der Pflichttheilsberechtigte eine in Fahrnißgemeinschaft verheirathete Ehefrau, so ist zur Geltendmachung des Pflichttheilsanspruchs in der Regel nur der Ehemann befugt. LG. Colmar, R. **01** 436.

§ 2304. 1. Die Zuwendung des Pflichttheils kann ungeachtet des Gebrauchs des Wortes „Erbe" vom Erblasser in dem Sinne gemeint sein, daß der Pflichttheilsberechtigte den Geldbetrag erhalten soll, der den Pflichttheil bildet. Die Entscheidung hierüber muß nach dem gesammten Inhalte des Testaments geschehen. BayrObLG. 3 510; vgl. Peiser, R. **02** 609.

2. Der Universalerbe bedarf zu Verfügungen über den Nachlaß nicht der Mitwirkung des nur mit seinem Pflichttheile bedachten Miterben. OLG. **5** 359 (KG.).

§§ 2305 ff. Der Pflichttheilsanspruch kann durch formlosen Erlaß seitens des Berechtigten fortfallen, aus der Annahme des Zugewendeten ist an sich ein Erlaß nicht zu entnehmen. Schiffner, Pflichttheil 24 f., 189.

Der Pflichttheilsberechtigte, dem ein Erbtheil hinterlassen ist, der geringer ist, als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, kann von den Miterben als Pflichttheil

den Werth des an der Hälfte fehlenden Theiles nur verlangen, wenn er den ihm hinterlassenen Erbtheil annimmt, nicht, wenn er ihn ausschlägt. Märcker (16) 312.

§ 2306. 1. Die Einsetzung eines Dritten als Ersatzerben für den Pflichttheilsberechtigten ist keine Beschränkung des letzteren. Die Einsetzung des Pflichttheilserben als Ersatzerben ist bei rechtzeitigem Fortfalle des Ersteingesetzten als unbeschränkte Erbeinsetzung anzusehen, andernfalls liegt nicht eine Erbeinsetzung des Pflichttheilsberechtigten, sondern des Dritten vor. Schiffner, Pflichttheil 35 Anm. 19.

Der auf mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Ertheils eingesetzte Pflichttheilsberechtigte kann nicht unter Ausschlagung des Erbtheils den Pflichttheil verlangen, wenn die Beschränkung oder Beschwerung seines Erbtheils vor Ausübung des Pflichttheilrechts fortgefallen ist. Böhm 156 Anm. 1; Schiffner, Pflichttheil 38 Anm. 38.

Andererseits schließt die erfolgte Annahme des Erbtheils die nachträgliche Ausschlagung nicht aus, wenn der Pflichttheilsberechtigte erst nachträglich von der bestehenden Beschränkung oder Beschwerung seines Erbtheils Kenntniß erlangt. Böhm 157.

2. Wenn der Pflichttheilsberechtigte den ihm hinterlassenen Erbtheil, der größer als die Intestatportion, aber beschränkt oder belastet ist, ausschlägt, um seinen Pflichttheil zu verlangen, so muß der in zweiter Linie berufene Erbe den Pflichttheil und die Vermächtnisse zahlen und kann die Vermächtnisse nach § 2322 nur soweit kürzen, daß ihm der zur Deckung der Pflichttheilslast erforderliche Betrag verbleibt. Da er also selbst nichts behält, so thut er besser daran, auszuschlagen. Dasselbe werden alle sukzessiv berufenen Erben thun. Die Erbschaft kommt an den Fiskus, der die Vertheilung nach § 2322 vorzunehmen hat. Dieser zeitraubende und kostspielige Umweg ist aus mißverständlicher Nachahmung der cautela Socini entstanden. Er läßt sich vermeiden, wenn der Pflichttheilsberechtigte, statt auszuschlagen, mit den Vermächtnißnehmern einen Vergleich abschließt, oder wenn der Erblasser die Möglichkeit der Ueberlastung des Pflichttheils voraussieht und für diesen Fall eine Kürzung der Legate anordnet. von Tuhr, DJZ. **01** 121 ff.

3. Unter dem hinterlassenen Erbtheil im Sinne dieses Paragraphen ist nichts Anderes als diejenige Nachlaßquote zu verstehen, welche der Testator dem Pflichttheilsberechtigten unter Auferlegung von Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassen hat, die der Pflichttheilsberechtigte aber im ersten Unterfalle des § 2301 unbeschränkt und unbelastet zu erhalten ein gesetzliches Recht hat. Bei der gedachten Werthsbestimmung müssen also die auf dem hinterlassenen Erbtheile ruhenden Beschränkungen und Beschwerungen außer Betracht bleiben. Zu diesen Beschränkungen ist nach ausdrücklicher Vorschrift auch die Anordnung einer Vorerbfolge zu rechnen; und zwar ist dabei keinerlei Unterschied nach der Richtung gemacht, ob nach dem Testamente dem Eingesetzten nur die Rechte eines gewöhnlichen Vorerben oder die erweiterten Befugnisse dessen zustehen sollen, der einem Nacherben auf den Ueberrest als Vorerbe vorangestellt ist. Auch die Einsetzung eines Vorerben mit so erweiterten Befugnissen ist daher als eine solche Beschränkung der Erbeseinsetzung aufzufassen, welche bei der nach § 2306 erforderlichen Bestimmung des Werthes des hinterlassenen Erbtheils unberücksichtigt bleiben muß. OLG. **5** 360 (Naumburg).

4. Darin, daß dem Vater des minderjährigen Erben die Verwaltung des Pflichttheils entzogen wird, liegt keine Beschwerung des Pflichttheils. OLG. Naumburg, NaumbAK. **02** 93.

5. Abs. 1 Satz 2. Binder 125 ff.: Es besteht nicht etwa ein alternativer Pflichttheilsanspruch, sondern der Pflichttheilsanspruch entsteht erst durch

die Ausschlagung der belasteten Erbschaft. Die Ausschlagungsfrist beginnt mit Einsicht oder Vorlesung der sie begründenden Theilungsbeschränkung, frühestens mit der Verkündung (§ 1944 BGB.); denn ihr Beginn setzt eine bestimmte überzeugende Kenntniß voraus. **RG.** CBlFrG. 3 26, DJZ. 02 263.

6. Satz 2, 2. Hälfte. Damit ist eine Ausnahmevorschrift geschaffen, nach welcher in diesem besonderen Falle die Ausschlagungsfrist allerdings niemals vor, aber auch stets mit der Erlangung der Kenntniß von den dem Erbtheil auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen zu laufen beginnt. Diese Ausnahmevorschrift ist in den verschiedenen Fällen der möglichen Beschränkungen und Beschwerungen gleichmäßig anzuwenden, insbesondere auch da, wo die Beschränkung in der Einsetzung eines Vorerben besteht. Für den Nacherben läuft also die sechswöchige Frist zur „Ausschlagung von Erbschaft behufs Erhebung des Pflichttheilsanspruchs" von dem Zeitpunkt ab, in welchem der Nacherbe von der Einsetzung des Vorerben Kenntniß erhält. OLG. **5** 361 (Naumburg). Vgl. o. zu § 2142.

§ 2307. 1. Auch bei befristeten oder bedingten Vermächtnissen bleibt die Befristung oder Bedingung bei Berechnung des Werthes des Vermächtnisses zur Pflichttheilsermittelung außer Betracht. Ubbelohde, Iherings J. **39** 125 f. Anm. 2a.

2. Das Wahlrecht greift auch Platz bei einer vor 1900 errichteten letztwilligen Verfügung, wenn der Erbfall nach dem 1. Januar 1900 eintritt. OLG. Colmar, Seuff. A. **56** 316.

§ 2308. Das Anfechtungsrecht des Pflichttheilsberechtigten ist vererblich. Böhm 156 f. Anm. 1.

Binder 140 f.: Es handelt sich um einen bloßen Irrthum im Motive. **A. M.** Endemann III 577 Note 32.

§ 2309. 1. Wenn ein Abkömmling des Erblassers

a) auf ein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat,

b) für erbunwürdig erklärt ist,

so sind die entfernteren Abkömmlinge jenes Abkömmlings bzw. die Eltern des Erblassers pflichttheilsberechtigt (bei Erbverzicht die entfernteren Abkömmlinge jedoch nur, sofern sich der Erbverzicht nicht gemäß § 2349 auf sie miterstreckt; überdies ist § 2350 Abs. 2 zu beachten).

Dasselbe gilt, wenn der Abkömmling

a) nach Verzicht auf sein Pflichttheilsrecht,

b) bei rechtmäßig erfolgter Entziehung des Pflichttheils

von der Erbfolge ausgeschlossen ist oder das ihm gleichwohl Hinterlassene nicht angenommen hat; hat er dagegen das ihm Hinterlassene angenommen, so sind die entfernteren Abkömmlinge bzw. die Eltern des Erblassers insoweit nicht pflichttheilsberechtigt. Strohal 71 ff.; Küntzel, Gruchots Beitr. **41** 449 ff., 821; Schiffner, Pflichttheil 20 ff.; a. A. theilweise Böhm 158 f.

Endlich sind die entfernteren Abkömmlinge bzw. die Eltern pflichttheilsberechtigt, wenn der nähere Abkömmling den ihm hinterlassenen Erbtheil ausgeschlagen hat, ohne daß er dadurch pflichttheilsberechtigt geworden ist, weil der ausgeschlagene Erbtheil in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils unbeschwert und unbeschränkt gewesen ist, Strohal 73 f., Schiffner, Pflichttheil 21 f. (s. jed. 37), vgl. dazu Küntzel a. a. O. **41** 451 f., Hellmann 227 f.; oder weil die Beschränkungen und Beschwerungen gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 als nicht angeordnet gegolten haben. Schiffner, Pflichttheil 23 Anm. 17.

Die entfernteren Abkömmlinge bzw. die Eltern sind dagegen nicht pflichttheilsberechtigt, wenn der nähere Abkömmling durch die vom Erblasser bei dessen Lebzeiten erhaltenen Zuwendungen hinsichtlich seines Pflichttheilsrechts befriedigt

ist. Strohal 89; Küntzel, Gruchots Beitr. 41 636; Schiffner, Pflichttheil 42 Anm. 18, 46. Ebensowenig sind bei Pflichttheilsbeschränkung eines Abkömmlings in guter Absicht (§ 2338) dessen weitere Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers pflichttheilsberechtigt. Schiffner 85.

Ubbelohde, Jherings J. 39 124 ff. stellt die Fälle, in welchen Eltern und entferntere Abkömmlinge des Erblassers trotz Vorhandenseins eines Abkömmlings bzw. näheren Abkömmlings pflichttheilsberechtigt werden, in derselben Weise zusammen, wie dies in Gruchots Beitr. 42 183 f. geschehen.

Nicht pflichttheilsberechtigt sind entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers, wenn dem sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließenden Abkömmling ohne rechtmäßig erfolgte Entziehung des Pflichttheils

a) entweder nichts oder ein die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils nicht übersteigender Erbtheil hinterlassen ist, weil er in diesen Fällen den Pflichttheil verlangen kann;

b) entweder ein Vermächtniß — eventuell neben einem den Betrag des Pflichttheils nicht deckenden Erbtheil — oder ein die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils übersteigender Erbtheil hinterlassen ist, mag auch das Hinterlassene beschränkt oder beschwert sein, und zwar gleichviel, ob der Bedachte das Hinterlassene annimmt oder ausschlägt, weil er im letzteren Falle den Pflichttheil verlangen kann.

2. „Ein Erbe, der den Pflichttheil verlangen kann", ist abstrakt zu verstehen als ein Erbe, in dessen Person, solange er noch keine Erklärung abgegeben hat, alle gesetzlichen Voraussetzungen des § 2303 und keine das Pflichttheilsrecht vernichtenden vorliegen; ein ausschlaggebender Pflichttheilsberechtigter fällt also trotz § 1953 unter die angeführten Worte. — Ebenso bedeutet „ein Abkömmling, der . . . ausschließen würde" einen Abkömmling, in dessen Person, von der konkreten Sachlage (Erbverzicht 2c.) abgesehen, bei einer Erbfolge lediglich nach den Grundsätzen der §§ 1924 ff. die Voraussetzungen des § 1924 Abs. 2 zuträfen. Die zweite Alternative des § 2309 trifft also auf Abkömmlinge, die durch Erbverzicht oder Erbunwürdigkeit ausgeschlossen sind, zu. — Beweisend sind beide Male die Motive. Neuschler WürttJ. 12 381 ff. gegen Mayer-Reis.

Die entfernteren Abkömmlinge und die Erben können einen Pflichttheil insoweit nicht beanspruchen, als ihn der ihnen vorgehende Erbe aus dem Nachlaß erhält. Ebbecke, Grundsätze 34.

3. Dieser Paragraph enthält eine Ausnahme von der Regel des § 2303. Kann also beispielsweise von den zwei Söhnen des Erblassers der eine nichts als Pflichttheil fordern, weil er im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung in der Höhe des Nachlasses auszugleichen hätte (§ 2316 Abs. 1), der andere nichts, weil er für erbunwürdig erklärt ist, so werden an Stelle des letzteren nicht etwa die Eltern des Erblassers pflichttheilsberechtigt. Beyer, Erbenausgleichung 81—84 gegen Strohal 263 f.

§ 2310. Mitzuzählen sind bei Feststellung des für die Pflichttheilsberechnung maßgebenden Erbtheils diejenigen, welche nur auf den Pflichttheil verzichtet haben. Strohal 74; Schiffner 28.

§ 2311. 1. Bei Berechnung des ordentlichen Pflichttheilsanspruchs ist nur der am Todestage noch vorhanden gewesene Aktivnachlaß nach Abzug der Passiven zu Grunde zu legen. Zu den abzuziehenden Passiven zählen dabei auch die Beerdigungskosten des Erblassers. Zu dieser Nettomasse ist hinzuzurechnen ein etwaiger Vorempfang des Pflichttheilsberechtigten nach § 2315 BGB.; der letztere wird aber nicht allgemein für alle Pflichttheilsberechtigten hinzugerechnet, sondern nur bei Berechnung des Pflichttheils desjenigen Pflichttheilsberechtigten, der den Vorempfang erhielt. Nicht hinzuzurechnen sind anderweitige unent-

geltliche oder entgeltliche Zuwendungen, Ausstattungen und Aussteuern an den Erben oder Pflichttheilsberechtigten; letztere kommen nur eventuell in Betracht bei Berechnung des außerordentlichen Pflichttheils, sowie bei Berechnung des noch herauszuzahlenden Geldbetrags des Pflichttheils eines pflichttheilsberechtigten Abkömmlings nach § 2316 BGB. LG. Colmar, R. **01** 467.

Bei der Pflichttheilsberechnung sind die durch Konfusion erloschenen Rechte zum Werthe des Nachlasses hinzuzurechnen. Wolff, Iherings J. **44** 357 f.

2. Bei der Berechnung des Pflichttheils des Ehegatten wird der eheliche Voraus, der selbst nicht Pflichttheilscharakter hat, als zum Nachlasse gehörend mitberechnet. Schiffner 19, 128 f., 130; Fischer-Henle, BGB. Anm. zu § 2311.

Vor Feststellung des Nachlaßwerths wird der Pflichttheil nicht fällig und verzinslich. Schiffner 62; zur Inverzugsetzung ist Mahnung erforderlich. Böhm 169 Anm. 1.

§ 2313. Auch die Forderungen von im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern sind zu berücksichtigen. Küntzel 912c.

§ 2314. Nach Böhm 168 soll der Pflichttheilsberechtigte auch über die zur Ausgleichung bzw. Anrechnung zu bringenden Vorempfänge Auskunft zu verlangen befugt sein.

Der Erblasser kann dem Erben die Auskunftsertheilung nicht erlassen. Schiffner 64 f.; Böhm 162; Fischer-Henle, BGB. Anm. zu § 2314.

§ 2314. 1. Der Pflichttheilsberechtigte, der nicht Erbe ist, kann von dem Erben nur die Vorlegung eines Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände, nicht eines Inventars nach §§ 2001, 2002 BGB. verlangen. Unter Verzeichniß ist gegenüber dem Inventar ein Schriftstück zu verstehen, in welchem die beim Eintritt des Erbfalls vorhandenen Aktiva des Nachlasses (Sachen und Rechte) einzeln aufgeführt sind. Die Angabe des Werthes der einzelnen wie beim Inventar ist nicht erforderlich. Bestehen Differenzen über den Werth, so steht dem Pflichttheilsberechtigten das Recht zu, die Ermittelung des Werthes durch Sachverständige zu verlangen. Im Uebrigen ist er auf das Offenbarungseidverfahren angewiesen. Eine Klage auf Vervollständigung oder Berechtigung des Inventars hat er nicht. Schwiening, DIZ. **01** 550 f.

2. Von mehreren Pflichttheilsberechtigten kann jeder einzelne seinen Pflichttheilsanspruch unabhängig von den übrigen Berechtigten geltend machen, insbesondere auch jeder vom Erben Auskunft über den Bestand des Nachlasses und Zuziehung bei der Aufstellung des Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände verlangen. OLG. **4** 432 (KG.)

3. Die Rechte, welche dem pflichttheilsberechtigten Nichterben gegen den Erben gegeben sind, um sich über die Höhe seines Forderungsrechts Gewißheit zu verschaffen, sind im § 2314 erschöpfend geregelt. Weitergehende Rechte, wie sie im § 2001 den Nachlaßgläubigern gegeben sind, stehen ihm nicht zu. OLG. **4** 426 (KG).

Der Pflichttheilsberechtigte, der nicht Erbe ist, hat Recht auf Auskunftsertheilung nur dem Erben, nicht dem Testamentsvollstrecker gegenüber. Denn das Verlangen auf Auskunftsertheilung ist ein Ausfluß des Pflichttheilsrechts; es soll präparatorisch der demnächstigen Realisirung des Pflichttheilsanspruchs dienen. Nach der die Passivlegitimation des Erben und des Testamentsvollstreckers regelnden ausdrücklichen Vorschrift im § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB. kann aber ein Pflichttheilsanspruch, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Der in dieser Gesetzesbestimmung bezeichnete Pflichttheilsanspruch begreift auch nicht bloß den Fall in sich, daß ein Pflichttheil zuwider einer entgegenstehenden letzt-

willigen Verfügung gefordert wird, sondern im weiteren Sinne jeden Fall, in welchem der Pflichttheil verlangt wird RG. 50 224, JW. 02 Beil. 216.

4. Der Erbe, vom welchem der Pflichttheilsberechtigte Auskunft über den Bestand des Nachlasses verlangt, giebt zur Erhebung der Klage Anlaß, wenn er die Auskunft nicht binnen angemessener Zeit ertheilt. Einer Fristsetzung durch den Pflichttheilsberechtigten bedarf es nicht; nicht die §§ 1994 f. BGB. greifen hier Platz, sondern die allgemeine, im § 271 enthaltene Regel. OLG. 3 119 (Königsberg).

§ 2315. 1. Abs. 1. Die Bestimmung des Erblassers braucht keine ausdrückliche gewesen zu sein, vielmehr kann sich die auf Anrechnung gerichtete Absicht der Betheiligten auch aus den näheren Umständen ergeben, so daß also diese Absicht auch in einer stillschweigenden Willenserklärung zum Ausdrucke gelangen kann; wird sie nach der Zuwendung getroffen, so bedarf sie der Zustimmung der Erben. Leske 1283; Küntzel, Gruchots Beitr. 41 619; Hachenburg, Vorträge 433.

Daß sie einseitig letztwillig getroffen werden könne, verneint Schiffner 40 Anm. 8.

Gilt die Anordnung, daß eine Zuwendung auf den Erbtheil anzurechnen sei, im Zweifel auch für Anrechnung auf den Pflichttheil? Strohal 87; Küntzel 625; Böhm 162; Schiffner 40.

Kann der Erblasser für Abkömmlinge Anrechnung auf den Pflichttheil bei allen solchen Zuwendungen vorschreiben, welche die Abkömmlinge unter einander nach § 2050 Abs. 1 u. 2 zur Ausgleichung zu bringen haben würden? Verneint für Ausstattungen, insoweit der Erblasser zu deren Gewährung verpflichtet ist, im Uebrigen bejaht von Strohal 87.

2. Abs. 2. Nach Strohal 94 f. (ebenso Küntzel 632 f.) soll die Hinzurechnung der Zuwendung zum Nachlaß im Falle des § 2315 allen Pflichttheilsberechtigten, auch wenn sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge nicht ausgleichungsberechtigt sein würden, zu Statten kommen; a. M. Schiffner 41 Anm. 16.

Die Herabminderung des Pflichttheilsanspruchs um den vorempfangenen anrechnungspflichtigen Betrag kommt nicht allen Erben, sondern nur dem Pflichttheilsbelasteten zu gute (gegen Mayer-Reis, Endemann); Beweis: das Prinzip des BGB. (vgl. zu §§ 2320 ff.), die beschränkenden Worte „bei der Pflichttheilsberechnung", endlich der Zweck der Absätze 1 u. 2 des § 2315. Die Meinungsverschiedenheit wird praktisch, wenn nur ein Theil der Erben pflichttheilsbelastet ist. Pflichttheilsbelastet ist neben den Kindern der überlebende Ehegatte, wenn der Erblasser ihm mit Rücksicht auf die Beschränkung des Pflichttheilsberechtigten mehr zugewendet hat, als er ihm sonst zugewendet hätte. Neuschler, WürttZ. 12 381 ff. gegen Mayer-Reis. Ueber Konkurrenz von Anrechnung und Ausgleichung vgl. u. Ziff. 3 zu § 2316.

Sind mehrere Pflichttheilsberechtigte vorhanden, so werden nicht sämmtliche Zuwendungen dem Nachlaß auf einmal hinzugerechnet, sondern jede einzelne Zuwendung wird nur bei der Berechnung des Pflichttheils desjenigen dem Nachlasse hinzugerechnet, welcher die Zuwendung empfangen hat. Leske 1283 Anm. 11; Strohal 249; Cosack II § 413, III 2b; Planck V 587. A. M. Frommhold 283, 284 Anm. 3a, 4; Endemann III § 131 Anm. 20.

Eine vom Erblasser getroffene Bestimmung über den Werth der auf den Pflichttheil anzurechnenden Zuwendung ist zu beachten, wenn in Folge derselben weniger als der Schätzungswerth anzurechnen ist. Böhm 163.

3. Abs. 3. Tritt an Stelle eines Abkömmlings, welcher sich eine Zuwendung auf seinen Pflichttheil anzurechnen gehabt haben würde, ein anderer

Abkömmling des Erblassers, so hat sich auch der letztere diese Zuwendung auf seinen Pflichttheil anrechnen zu lassen, und zwar auch dann, wenn ein sonstiger Abkömmling nicht vorhanden ist. Strohal 88 f.; Schiffner 41.

4. Ueber die Anwendung von Formeln zur Berechnung des Pflichttheils vgl. Frommhold, DJZ. **00** 158; Götte, DJZ. **00** 251 und Schüllte, R. **00** 508.

§ 2316. 1. Abs. 1. Diejenigen Abkömmlinge, welche durch Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, mehr als den gesetzlichen Erbtheil erhalten haben, sind bei der Berechnung des Pflichttheils nicht mitzuzählen. Wenn die Zuwendungen jedoch den Charakter der Schenkung haben, sind sie bei der Berechnung der Ergänzung des Pflichttheils nach § 2325 zu berücksichtigen. Schwierigkeiten ergeben sich dabei, wenn eine Zuwendung nur zum Theil den Charakter der Schenkung hat. In diesem Falle führt sie nicht immer zur Ergänzung. Die Resultate sind unter Umständen recht unbefriedigende.

Diese Schwierigkeiten können nur vorkommen, wenn eine Ausstattung zum Theil den Charakter der Schenkung hat. Bei den Zuwendungen des 2. Absatzes des § 2050 können sie dadurch vermieden werden, daß der Zuwendende diesen ganz den Charakter der Schenkung giebt, wozu er in allen Fällen berechtigt ist. Verhältniß des § 2156 zu den §§ 2316 und 2325. Vgl. Dorst, DNotVZ. **00** 61 ff.

Kommt die Vorschrift des Abs. 1 zur Anwendung, wenn auch im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Auseinandersetzung zwischen den mehreren Abkömmlingen (z. B. wegen Erbunwürdigkeitserklärung) nicht stattgefunden haben würde? Verneint von Küntzel 635; bejaht von Strohal 96 f.; Schiffner 43 f.

2. Soweit eine auszugleichende Zuwendung, die gleichzeitig eine Schenkung ist, schon nach § 2316 die Höhe des Pflichttheils beeinflußt, kann sie nicht kraft ihres Schenkungscharakters einen Anspruch aus § 2325 erzeugen. Beyer, Erbenausgleichung 77 ff.

Den Pflichttheil eines Abkömmlings, der eine sowohl nach § 2315 auf den Pflichttheil anzurechnende als auch nach § 2316 Abs. 1 zu berücksichtigende Zuwendung erhalten hat, nur nach § 2315 zu berechnen, ist unrichtig und ein solches Verfahren liefert in sehr vielen Fällen kein sachgemäßes Ergebniß. Beyer, Erbenausgleichung 85—91 im Gegensatze zu Strohal 258; Hachenburg 434 f. und Andere.

3. Berechnung des Pflichttheils, wenn ein Posten anrechnungs- und ausgleichungspflichtig ist und nicht alle Erben ausgleichungsberechtigt sind? Antworten denkbar: Anrechnung und Ausgleichung; Aufgehen der Ausgleichung in der Anrechnung; Aufgehen der Anrechnung in der Ausgleichung. Die erste Antwort führt zu sehr verwickelter Rechnung (Mayer-Reis 230) und wäre, wenn gewollt, nicht ohne ausdrückliche Sanktion gelassen worden. Die zweite Antwort wird durch den Wortlaut von § 2316 Abs. 4 ausgeschlossen. Die dritte ist die richtige, sie entspricht der Verbindung von Anrechnung und Ausgleichung im Entwurf 1 und der ratio legis. Neuschler a. a. O. gegen Mayer-Reis.

4. Ausgleichspflichtig gemäß § 2316 BGB. sind insbesondere auch Aussteuern, wenn und soweit sie als Ausstattungen zu erachten sind. Gewöhnliche Schenkungen an einen der Abkömmlinge, welche nicht unter § 2050 BGB. fallen, sind nicht ausgleichspflichtig. LG. Colmar, R. **01** 467.

5. Ob mehrere Abkömmlinge im Sinne des § 2316 vorhanden sind, bestimmt sich nach Maßgabe des § 2310 BGB. Märcker (16) 323.

6. Abs. 3. Das Hauptgewicht ist bei dieser Bestimmung darauf zu legen, daß Ausstattungen in Hinsicht auf Abkömmlinge bei der Pflichttheilsberechnung immer zu berücksichtigen sind. Alle Zuwendungen mit Ausnahme der Ausstattung

sowie der das Maß überschreitenden Zuschüsse zu Einkünften und Aufwendungen, zur Vorbildung, zu einem Berufe, können zwar bei der Berechnung des Pflichttheils von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden, nicht dagegen bei der Berechnung der Ergänzung nach § 2325. Das Resultat ist unter Umständen ein anderes, je nachdem es bei ersterer oder bei letzterer berücksichtigt wird. Dorst, DNotV3. **99** 305 u. 306.

7. **Kann der Erblasser die im § 2050 Abs. 2 bezeichneten Zuwendungen bei der Pflichttheilsberechnung zum Nachtheil des Pflichttheilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen? Bejaht von** Strohal 93; **verneint von** Schiffner 92; **vgl.** Küntzel 628 ff.

8. Abs. 4 **will** Hachenburg (Vorträge 437) **analog anwenden, wenn eine zur Ausgleichung zu bringende Zuwendung sich zugleich ganz oder theilweise als Schenkung darstellt, welche nach** § 2327 auf die Ergänzung des **Pflichttheils oder auf Pflichttheil und Ergänzung** anzurechnen ist.

Zur Berechnung des Pflichttheils vgl. Hachenburg, Vorträge 434 f.; Ubbelohde, Iherings J. **39** 141 f.; Schiffner 45; Küntzel 631 ff.; Hellmann 232 ff.; Strohal 93 ff.

§ 2318. Abs. 3. Ein pflichttheilsberechtigter Erbe, **welcher gegenüber einem** anderen **Pflichttheilsberechtigten die** Pflichttheilslast **zu tragen hat, kann die** ihm auferlegten **Vermächtnisse und Auflagen höchstens um denjenigen Betrag kürzen,** welcher zur **Deckung der ihm** obliegenden **Pflichttheilslast erforderlich ist; der pflichttheilsberechtigte Erbe ist nicht befugt, weitere Kürzungen vorzunehmen, um selbst zu dem ihm verkürzten** Pflichttheil **zu gelangen.** Küntzel 614; **vgl.** Strohal 78 f.; Hellmann 229.

§§ 2320 ff. Das **Pflichttheilsrecht ist nicht** mehr ein **Recht am Nachlasse, die Pflichttheilslast ruht daher prinzipiell nicht auf dem Nachlasse, sondern ist lediglich** eine obligatorische **Verbindlichkeit des durch die** Beschränkung **des Pflichttheilsberechtigten** Begünstigten. **Die praktisch** bedeutsame Folgerung **ist: Die Bestimmung** der Antheile unter den **pflichttheilsbelasteten und den nicht pflichttheilsbelasteten** Erben **ist unabhängig davon, ob und** wieviel **einem oder einigen der** Erben **als** Pflichttheil **abverlangt werden kann. Dies ist für verschiedene Einzelfragen** von **mehreren Schriftstellern** (Endemann, Mayer-Reis) **bestritten.** Neuschler, WürttJ. **12** 381 ff. (vgl. o. Ziff. 2 zu § 2315 u. Ziff. 3 zu § 2316).

§ 2325. 1. Ist durch alteri stipulari einem **Dritten eine letztwillige** Zuwendung gemacht, so ist der **Werth des** Rechtes auf die ganze Leistung (z. B. die Versicherungssumme) dem Nachlasse hinzuzurechnen. Der nach § 2329 Berechtigte kann von dem Dritten Rückgewähr der Zuwendung **insoweit verlangen, als** er die Erfüllung eines Vermächtnisses verweigern **könnte, wenn die Zuwendung in der** Form des Vermächtnisses gemacht wäre. Hellwig 386/8.

Der Erblasser kann die **Berücksichtigung einer einem Dritten gemachten** Schenkung **nicht zum** Nachtheil **des** Anspruchs **des Pflichttheilsberechtigten auf** Pflichttheilsergänzung ausschließen. Hachenburg, **Vorträge 439.**

2. **Die Begründung** einer Stiftung **durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist einer** Schenkung gleichzustellen. Leske 1288 Anm. 4; Bingner, SächsA. **6** 19; Wilke, Erbrecht 281 Anm. 3 zu § 2325; Frommhold 293 Anm. 2a; Planck V 603 Anm. 2a.

3. Abs. 2. Hat der Beschenkte den geschenkten **Gegenstand schuldhaft beschädigt, so ist die** dadurch erzeugte **Werthsminderung beim Werthsansatz außer Betracht zu lassen;** vom Beschenkten verkaufte **Gegenstände** kommen **nur mit ihrem Werthe in Betracht.** Küntzel 912 b; **a. A.** Strohal 101; Schiffner 53.

§ 2326. Beschränkungen und Beschwerungen des dem Pflichttheilsberechtigten Hinterlassenen sind bei Berechnung des Anspruchs auf Ergänzung des Pflichttheils nach Strohal 102 f. nicht zu berücksichtigen, nach Hellmann 236 in Anrechnung zu bringen; Schiffner 54 giebt dem Pflichttheilsberechtigten das Wahlrecht der §§ 2306, 2307 und will letzteren bei Unkenntniß über seinen Ergänzungsanspruch die Annahme des Hinterlassenen nachträglich anfechten lassen; vgl. hierzu Strohal 102 Anm. 2; Küntzel 816.

§ 2327. 1. Ueber die Berechnung der Pflichttheilsergänzung im Falle des § 2327 s. Strohal 105 ff.; Küntzel 818 ff.; Hellmann 237 f.; Geschenke des Pflichttheilsberechtigten sind nach § 2325, nicht nach § 2315 zu bewerthen. Schiffner 54 Anm. 40.

Tritt an Stelle eines beschenkten Abkömmlings ein anderer Abkömmling des Erblassers, so hat sich auch der letztere diese Schenkung auf die Pflichttheilsergänzung anrechnen zu lassen, und zwar auch dann, wenn ein sonstiger Abkömmling nicht vorhanden ist. Strohal 107; Küntzel 820 f.; Schiffner 54.

2. S. o. Ziff. 8 zu § 2316.

§ 2329. Abs. 1 Satz 1 bezieht sich insbesondere auch auf den nur beschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftenden Erben bei Unzulänglichkeit des Nachlasses. Strohal 104; Schiffner 55 f.; Böhm 176; zweifelnd Hellmann 237.

§ 2330. War der Pflichttheilsberechtigte selbst Empfänger einer durch Sitte oder Anstand gebotenen Schenkung, so wird ihm dieselbe Berechnung seines Pflichttheils ebensowenig in Anrechnung gebracht, wie dem ersatzpflichtigen Erben, der selbst pflichttheilsberechtigt ist und daher die beanspruchte Ergänzung des Pflichttheils insoweit verweigern kann, als er selbst zur Forderung und Ergänzung des Pflichttheils berechtigt ist. Süßheim, JW. **01** 745.

§§ 2333—2335. Die Vorschriften gestatten keine analoge Anwendung. Schiffner 67 Anm. 5.

§ 2333. 1. Handlungen aus Nothwehr begründen keinen Enterbungsgrund. Schiffner 68 Anm 8, 73.

2. Ein Fall der Verwirkung als Strafe aus ähnlichen Gründen wie bei der Verwirkung der elterlichen Gewalt (§ 1680) und der Schenkung (§ 530). In Folge verbrecherischer oder wenigstens stark liebloser Handlungen gegenüber dem Erblasser, oder eines verwerflichen Lebenswandels kann der obligatorische Pflichttheil eingebüßt werden. Es handelt sich hier vor allem um die sog. Enterbungsgründe, bei deren Vorhandensein die Interessenten, nur gestützt auf eine durch den Erblasser in der vorgeschriebenen Form abgegebene Erklärung gegenüber dem Schuldigen, auf Entziehung des Erbtheils klagen können. Davon sind zu scheiden die Erbunwürdigkeitsgründe, welche jenes Begehren schon durch ihr bloßes Vorliegen rechtfertigen (§§ 2339, 2345). Im heutigen Rechte findet die Verwirkung einzig zu Gunsten des Klagenden, event. der übrigen Erbberechtigten statt, während sie nach römischem Rechte in einzelnen Fällen der Unwürdigkeit dem Fiskus zu Gute kam. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung (Berlin 1901) 12.

§ 2334. Ehrloses Verhalten berechtigt zur Pflichttheilsentziehung, sofern das ehrlose Verhalten in einem der Thatbestände des § 2333 Ziff. 1, 3, 4 zu Tage tritt. Süßheim, Grünhuts Z. **29** 496.

§ 2335. 1. Nach Schiffner 76 wird auch die dem Ehegatten gegenüber erfolgte Pflichttheilsentziehung wegen ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens unwirksam, wenn sich der Ehegatte zur Zeit des Erbfalls von diesem Verhalten dauernd abgewendet hat.

2. Abs. 1. Nicht haltbar ist die Auffassung, der Irrthum sei unwesentlich, wenn zwar ein Klagerecht besteht, aber nicht, wie der testirende Ehegatte meint, wegen böslicher Verlassung, sondern z. B. wegen Ehebruchs. Der Irrthum ist deshalb wesentlich, weil es recht wohl möglich ist, daß der Erblasser zwar wegen des vermeintlichen Klagegrundes die Entziehung des Pflichttheils vornimmt, sie aber bei Kenntniß des vorhandenen Klagegrundes unterlassen würde, ferner aber auch mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2336 Abs. 2, wonach der Grund der Entziehung des Pflichttheils ausdrücklich anzugeben ist.

Keine Voraussetzung für die Pflichttheilsentziehung ist, daß im Scheidungsurtheile der Ehegatte, dem der Pflichttheil entzogen werden soll, für den allein schuldigen Theil erklärt wird oder daß dem böswilligen Ehegatten kein Widerklagerecht zusteht; keine Voraussetzung ist ferner die thatsächliche Klagerhebung. Die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft statt auf Ehescheidung benimmt nicht das Recht aus § 2335. Süßheim, A.civPr. 91 426.

3. Nach Böhm 137 Anm. 2 soll in einem gemäß § 2276 Abs. 2 in erleichterter Form abgeschlossenen Erbvertrage der Pflichttheil weder entzogen noch beschränkt werden können.

Die Entziehung des Pflichttheils kann auch stillschweigend (durch Nichtbedenkung im Testament) erfolgen, nur der Entziehungsgrund muß angegeben sein. Schiffner 75, 83 Anm. 31; über bedingte Entziehung des Pflichttheils s. ebd.

Tritt nach erfolgter Entziehung des Pflichttheils aus irgend welchen Gründen gesetzliche Erbfolge ein, so bleibt der von der Entziehung Betroffene von letzterer ausgeschlossen; wird dagegen die Entziehung unwirksam, so ist es Auslegungsfrage, ob der Betroffene dann nur den Pflichttheil oder mehr erhalten soll. Schiffner 77.

4. Die Verwirkung als Strafe wird in der Form einer Klage geltend gemacht. Diese Klage ist entweder eine petitorische und entsteht unmittelbar, indem das betr. Recht gleich mit dem Faktum der Verwirkungshandlung unter, resp. auf den Berechtigten übergeht. In anderen Fällen muß die Klage durch einen bestimmten Akt vorbereitet werden, d. h. der Verlust des Rechtes tritt nicht unmittelbar mit der Vollendung der Verwirkungshandlung ein. So muß der Enterbungsgrund vom enterbenden Erblasser in einer letztwilligen Verfügung erwähnt werden. Gestützt hierauf kann der Berechtigte beim Gerichte die Entziehung des Pflichttheils verlangen. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung 24.

5. Abs. 4. Gleichgültig ist, warum der ehrlose Lebenswandel aufgegeben wird. Ungenügend ist die bloße Erklärung, künftig von dem ehrlosen Lebenswandel lassen zu wollen. Giebt ein Abkömmling seinen ehrlosen Lebenswandel auf, legt aber nach wie vor ein ehrloses Verhalten an den Tag, so kann eine Beschränkung des Unterhalts nicht eintreten, da dieselbe nur soweit zulässig ist, als eine Entziehung des Pflichttheils vorgenommen werden kann, und diese ist nicht möglich auf Grund bloßen ehrlosen Verhaltens. Süßheim, Grünhuts Z. 29 498.

§ 2337. Auf das Recht zur Entziehung des Pflichttheils wegen künftiger Verfehlung kann nicht vorweg verzichtet werden. Schiffner 73.

§ 2338. 1. Nach Schiffner 80 soll ein verschwenderischer Abkömmling des Erblassers nach erfolgter Entmündigung aus dem Grunde der Verschwendung nicht mehr im Pflichttheilsrechte beschränkt werden können, weil eine erhebliche Gefährdung seines späteren Erwerbes nicht mehr eintreten kann; a. A. anscheinend Böhm 182.

2. Unter den gesetzlichen Erben des Abkömmlings sind diejenigen zu verstehen, welche zur Zeit seines Todes seine gesetzlichen Erben sein werden. Schiffner 84 Anm. 37.

3. Kann der Erblasser das dem Abkömmlinge Hinterlassene einem Testamentsvollstrecker zur Verwaltung übertragen (Satz 2), ohne den Abkömmling in der Verfügung von Todeswegen über das Hinterlassene zu beschränken (Satz 1)? Bejaht von Strohal 99; verneint von Schiffner 82 Anm. 27.

4. Hat der Erblasser dem Abkömmlinge weniger als den Pflichttheil hinterlassen, so gilt die nach § 2338 angeordnete Beschränkung auch für den vom Abkömmlinge zu fordernden Pflichttheilsrest. Schiffner 81 Anm. 23; a. A. anscheinend Böhm 183 Anm. 2.

Sechster Abschnitt.

Erbunwürdigkeit.

§ 2339. 1. Die fälschliche Anfertigung eines angeblich vom Erblasser herrührenden Testaments bewirkt Erbunwürdigkeit (nach Abs. 1 Nr. 4); § 2339 Abs. 2 kann in diesem Falle nicht zur Anwendung kommen. Strohal 112; Küntzel 822.

Sonstige Fälle von Erbunwürdigkeit s. Strohal 111; Küntzel 822 ff.

2. Tödtung des Erblassers im Zweikampf ist ein Grund der Erbunwürdigkeit. Hoeniger, R. **01** 225.

3. Vgl. das zu § 2333 Gesagte und Blumenstein, Verwirkung 12. Analoger Fall § 2005.

§ 2344. Der an Stelle eines Erbunwürdigen tretende Erbe transmittirt sein Erbrecht auf seine Erben, auch wenn er vor der Erbunwürdigkeitserklärung — aber nach dem Erbfalle — verstorben ist. Strohal 30 Anm. 6; Böhm 251, 252 Anm. 2.

§ 2345. Diese Vorschrift kommt nach Schiffner 121 Anm. 14 auch zur Anwendung im Falle des § 1301, dagegen nicht bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen mortis causa (192).

Siebenter Abschnitt.

Erbverzicht.

§ 2346. Schiffner 21 Anm. 3 hält einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, welcher den Verzicht auf das Pflichttheilsrecht nicht mit umfassen soll, für unzulässig.

Verzichtet der Vertragserbe durch Abschluß des Erbvertrags auf sein gesetzliches Erbrecht und auf sein Pflichttheilsrecht? Nach Böhm 138 ist ersteres quaestio facti, letzteres im Zweifel zu verneinen.

Die Bestimmungen über die Ablieferung und Eröffnung von Testamenten und die zu besonderer amtlicher Verwahrung gegebenen Erbverträge finden auf Erbverzichtsverträge keine Anwendung. Allg. Verf. d. Oberlandesger.-Präs. u. Oberstaatsanw. zu Colmar, EBlFrG. 2 175, auch R. **00** 192.

§ 2347. 1. Soweit für den Erbverzicht von dem Erblasser eine Abfindung gewährt wird, ist dies ein neben dem Erbverzichtsvertrage hergehendes, besonderes Geschäft, das nicht schon wegen seines Zusammenhanges mit dem Erbverzichte der obervormundschaftlichen Genehmigung unterliegt, sondern nur aus anderen Gründen genehmigungsbedürftig sein kann. Schultheis 131[8]; vgl. auch Neumann, Handausg. Vorbem. 1 vor § 2346 BGB.

2. Ein vom beschränkt Geschäftsfähigen in vorgeschriebener Form geschlossener Erbverzichtsvertrag wird nach Strohal 109 auch durch mündliche Genehmigung nach erlangter Geschäftsfähigkeit rechtswirksam.

§ 2348. 1. Prozeßvergleiche, welche Erbverzichte und einen Vorvertrag auf Errichtung eines notariellen Ehevertrags enthalten, sind gültig. Für die von dem Prozeßgericht oder einem beauftragten Richter als Prozeßvergleich beurkundeten Abreden ist der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung im Sinne des BGB. auch insoweit genügt, als sie nach der einen oder anderen Richtung hin über den Gegenstand des Rechtsstreits hinausgehen, sofern nur ersichtlich ist, daß die Parteien auch diesen Theil der Abreden zum Zwecke der (gänzlichen oder theilweisen) Beilegung des anhängigen Rechtsstreits getroffen haben (ebenso Komm.-Bericht zur CPO.-Novelle § 146; a. M. Eccius, DJZ. **98** 25). Denn es widerspricht dem Wesen eines Vergleichs nicht, daß für die von der einen Partei hinsichtlich des streitigen Anspruchs gemachten Zugeständnisse die andere Gegenleistungen anderer Art macht (vgl. Windscheid, Pandekten § 143). Jene über den ursprünglichen Streitgegenstand hinausragenden Gegenverpflichtungen bilden einen integrirenden Bestandtheil des Prozeßvergleichs. OLG. **2** 213 (Hamburg).

2. Wie der Erbverzichtsvertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, so auch der Vorvertrag, der den Abschluß eines Vertrags der erwähnten Art zum Gegenstande hat. RG. **48** 185 f.

§§ 2351, 2352. Kann der vertragsmäßige Verzicht auf die testamentarische oder in einem Erbvertrag ausgesprochene Zuwendung durch Wiederaufhebungsvertrag rückgängig gemacht werden? Bejaht von Strohal 109 Anm. 3; Hellmann 338.

§ 2352. Hellwig 633 ff. Der Erbverzicht hebt nicht wie der Widerruf die erbvertragsmäßige Verfügung auf, sondern führt trotz ihres Bestandes nicht zu der Berufung des bedachten Dritten; er hat deshalb auch nicht die im § 2298 bezeichneten Wirkungen.

Weil die Zustimmung zum Verzichte die Verfügung nicht aufhebt, so rechtfertigt es sich, daß § 2347 Abs. 2 Satz 2 gestattet, daß statt des geschäftsunfähigen Erblassers sein Vormund die Zustimmung zu dem Verzichte giebt, während die Norm des § 2347 Abs. 2 Satz 1 als eine — sachlich gerechtfertigte — Singularität erscheint. Der Verzichtende errichtet keine Verfügung von Todeswegen, deshalb kann er vertreten werden in dem Aufgeben seiner Erbanwartschaft (s. a. a. O. Note 312 auch über den Verzicht zu Gunsten eines Dritten).

Achter Abschnitt.

Erbschein.

§ 2353. I. Antragsrecht.

1. a) Die Ertheilung eines Erbscheins kann nur der Erbe, nicht ein Dritter (z. B. Erbschaftskäufer) fordern; doch können Ausfertigungen ertheilter Erbscheine auch Dritten gegeben werden. Böhm 259 f.

b) Die Ausstellung eines Erbscheins erfolgt — abgesehen von § 792 CPO. — nur auf Antrag des Erben (§§ 2353, 2357 BGB.). Dritte sind zu diesem Antrage nicht befugt. OLG. **1** 194 (Jena); vgl. hierzu über Anwendung des § 792 CPO. KG., R. **00** 436.

c) Den Erbschein hat nur der Erbe (und wer sein Recht ausübt, CPO. §§ 792, 896) zu fordern, er ist folglich auch allein zur Beschwerde über seine Versagung berechtigt (FrGG. § 20), also nicht derjenige, der den Schein als Ausweis vom Erben verlangt (Schuldner). LG. Dresden, R. **4** 463, CBlFrG. **1** 153.

2. Antragsberechtigt ist auch der Erbe des Erben. Eßlinger, Der Erbschein 36.

3. a) Der Gläubiger, der den Anspruch seines Schuldners auf Nachlaßtheilung hat pfänden lassen, kann die Ertheilung des Erbscheins an Stelle des Schuldners verlangen. OLG. 1 298 (KG.).

b) Einen Erbschein kann nur der gesetzliche Erbe, nicht der Testamentsvollstrecker beantragen. Giebt die CPO. in den §§ 792, 896 dem berechtigten Gläubiger das Recht, die Ertheilung des zur Zwangsvollstreckung erforderlichen Erbscheins an Stelle des Schuldners zu beantragen, so ist hieraus nicht zu folgern, daß das BGB. die Frage, wer zu dem Antrage berechtigt ist, offen gelassen habe. Die Vorschriften gehen vielmehr davon aus, daß an sich nur derjenige antragsberechtigt ist, dem das BGB. das Recht giebt, und räumen dem Gläubiger ebenso wie bei anderen Urkunden, die dem Schuldner auf Antrag von einer Behörde, einem Beamten oder einem Notar zu ertheilen sind, die Befugniß ein, das Recht des Schuldners auszuüben. Der Testamentsvollstrecker ist für den Schaden, der daraus entsteht, daß er den Unrichtigen für den Erben ohne Verschulden hält, nicht verantwortlich. v. Jacubezky, R. 01 575 ff. gegen KG. R. 01 415.

c) Zur Ausübung des Antragsrechts an Stelle des Erben sind der Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter, Testamentsvollstrecker sowie der Ehemann (letzterer, wenn die Erbschaft in das eingebrachte Gut oder Gesammtgut fällt) als gesetzliche Vertreter befugt. Eßlinger, Der Erbschein 37 ff. unter eingehender Erörterung des Begriffs der gesetzlichen Vertretung.

Der Testamentsvollstrecker ist zu dem Antrag auf Ertheilung eines Erbscheins befugt. KGJ. 22 A 56.

4. Zum Antrag auf Ertheilung eines Erbscheins ist berechtigt der Ehemann, es sei denn, daß die Erbschaft zum Vorbehaltsgute der Ehefrau gehört, der Inhaber der elterlichen Gewalt, es sei denn, daß ihm die Verwaltung des Kindesvermögens entzogen ist. Voß, Gruchots Beitr. 43 667 f.; vgl. auch zu § 1967.

5. Antragsberechtigt sind nicht der Erbschaftskäufer (§ 2371) und der Nießbraucher eines zur Erbschaft gehörenden Vermögens (§ 1089), da ihnen die rechtliche Stellung des Erben nicht zukommt und insbesondere den Gegenstand des Erbschaftskaufs nicht das Erbrecht, sondern der Inbegriff der zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke bildet. Der Nachlaßpfleger (§§ 1960, 1961) kann schon deshalb einen Erbschein nicht erwirken, weil sein Amt nur so lange dauert, als der Erbe unbekannt ist. Ebensowenig sind die Nachlaßverwalter (§ 1985) oder der Nachlaßkonkursverwalter antragsberechtigt. Im Falle der §§ 792, 896 der CPO. ist der Prozeßbevollmächtigte ohne Weiteres antragsberechtigt, da die Erwirkung des Erbscheins der Durchführung der Zwangsvollstreckung dient, somit in den Rahmen der Prozeßvollmacht fällt (CPO. § 81). Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 39.

Der Erbschaftskäufer ist an sich nicht antragsberechtigt; jedoch steht das Antragsrecht demjenigen zu, dem nach § 2033 ein Erbtheil übertragen worden ist. Eßlinger, Der Erbschein 36.

6. Eine Wittwe, der die elterliche Gewalt über ihre minderjährigen ehelichen Kinder zusteht, hat das Recht, namens derselben Antrag auf Ertheilung eines Erbscheins über ihr Erbrecht hinsichtlich des Vermögens ihres Vaters zu stellen. BayrObLG., R. 02 210.

II. Sonstige Voraussetzungen für die Ertheilung des Erbscheins.

1. Der Nachlaßrichter, der einen Erbschein auf Grund eines Testaments ertheilen soll, ist berechtigt und verpflichtet, die Gültigkeit des Testaments nach Form und Inhalt zu prüfen. Er hat Beweise über die Errichtung des Testaments zu erheben, wenn das Testament sich zwar äußerlich als formgültig dar-

stellt, gleichwohl aber Bedenken über die vorschriftsmäßige Errichtung bestehen. OLG. 3 380 (KG.); KGJ. 23 A 66.

2. Aus einem Testamente kann nur nach zuvoriger Eröffnung ein Erbschein ertheilt werden. KGJ. 22 A 52. Dagegen Goslich, CBlFrG. 3 93:

Auch auf Grund eines nicht eröffneten, z. B. eines verbrannten, Testaments kann ein Erbschein gegeben werden. Thatfrage ist, welche andere Beweismittel (§ 2356) genügen würden.

3. Im Falle des Todes einer Partei kann ihr Rechtsnachfolger das Verfahren auch auf Grund eines auf anderem Wege als durch den Erbschein erbrachten Nachweises der Erbfolge aufnehmen. RG. JW. 00 729.

4. Die Ertheilung des Erbscheins wird dadurch, daß das Erbrecht nicht von allen Betheiligten anerkannt wird, nicht ausgeschlossen, darf auch wegen Anhängigkeit eines Rechtsstreits über das Erbrecht nicht einstweilen ausgesetzt oder wegen Zweifelhaftigkeit der Geltung oder des Inhalts einer Rechtsnorm verweigert werden. BayrObLG. R. 02 589, CBlFrG. 3 497.

5. Das Nachlaßgericht kann dem Erben die Ertheilung des Erbscheins nicht deshalb verweigern, weil es der Meinung ist, daß der Erbe eines solchen für einen bestimmten Zweck nicht bedarf. BayrObLG. 3 664.

6. Hinterläßt ein Erblasser eine schwangere Wittwe und eheliche Kinder, so ist die Ertheilung eines Erbscheins für die Kinder als gesetzliche Erben ausgeschlossen, bis durch die Geburt der Leibesfrucht sich die Größe ihrer Erbtheile ergiebt. KGJ. 22 A 61, R. 01 515.

7. Wenn Ehegatten sich durch Ehe- und Erbvertrag gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzen gegen die Verpflichtung, den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern ein Vater- oder Muttergut auszuzeigen, so bildet das Vorhandensein von Kindern beim Tode des einen Ehegatten kein Hinderniß, dem anderen Ehegatten einen Erbschein dahin auszustellen, daß er der alleinige Erbe sei. BayrObLG., Seuff. Bl. 67 162.

8. Der Erbschein ist zunächst ein Zeugniß über einen Erbgang, er ist deshalb auch zu ertheilen, wenn keine Nachlaßgegenstände vorhanden sind. LG. Hamburg, HansGerZ. 00 160, R. 4 463.

9. Eine Vorschrift, nach welcher das Nachlaßgericht den anderen Gerichten die Ertheilung von Erbscheinen im Wege der Rechtshülfe verlangen könne, besteht nicht. OLG. 1 194 (Jena).

10. In Preußen ist die Ertheilung des von der Auseinandersetzungsbehörde verlangten Erbscheins zum Zwecke der Legitimation in einem schwebenden Auseinandersetzungsverfahren gebührenfrei. OLG. 4 397 (KG.).

III. Inhalt des Erbscheins.

1. Der Erbschein ist im Unterschiede zu den früheren Erbbescheinigungen (Preußen), Erblegitimationszeugnissen (Sachsen) ꝛc. ein Zeugniß, in dem das Nachlaßgericht nicht nur reine Thatsachen bezeugt, sondern auf Grund etwaiger Erörterungen oder sonstiger Erkenntnißquellen seine Autorität für das Bestehen des bezeugten Erbrechts einsetzt. du Chesne, Gruchots Beitr. 45 49 ff.

2. Der Inhalt des Erbscheins soll sich beschränken auf die in den §§ 2353, 2357, 2363, 2364 bezeichneten Rechtsverhältnisse und die zur Identifizirung erforderlichen thatsächlichen Angaben. Eßlinger, Der Erbschein 12 f., ebenso BayrObLG. 2 222.

3. Der Erbschein hat nur zu bescheinigen, daß der Antragsteller „Erbe“, nicht, daß er „gesetzlicher“ oder „testamentarischer Erbe“ sei. Kleineidam, R. 01 44.

In dem Erbschein ist der Grund der Berufung des Erben nur insoweit anzugeben, als dies zur Bezeichnung des Umfanges des Erbrechts nothwendig ist. LG. Elberfeld, R. **00** 399. Ebenso Brogsitter, R. **01** 95 und OLG. **1** 298 (KG.).

4. Im Erbschein ist die Todeszeit des Erblassers anzugeben, weil damit das Erbrecht des Erben beginnt, nicht aber die letztwillige Verfügung, auf der das Erbrecht beruht. Goldmann-Lilienthal (1) 389 Anm. 4, 390 Anm. 1. Nach Goldmann-Lilienthal a. a. O. (gegen das Formular bei Böhm, Erbrecht 282) gehört in den Erbschein überhaupt nicht die Begründung der richterlichen Ueberzeugung, während Voß, Gruchots Beitr. **43** 673 die Aufnahme von Gründen für zulässig erachtet und in das richterliche Ermessen stellt.

Steht die Größe des Erbtheils eines Miterben noch nicht fest, so kann ein Erbschein noch nicht ertheilt werden. Goldmann-Lilienthal 386 Anm. 3; a. A. Böhm, Erbrecht 259, welcher in diesem Falle einen Erbschein unter Angabe der Sachlage, aber ohne Angabe der Größe des Erbtheils ertheilen will; vgl. auch Voß, Gruchots Beitr. **43** 665 f.

5. Vermächtnisse sind in den Erbschein nicht aufzunehmen. OLG. **1** 298 (KG.), R. **00** 436.

6. Die Angabe, daß dem überlebenden Ehegatten Nutznießung und Verwaltung an dem den Kindern zugefallenen Erbtheile zusteht, gehört nicht in den Erbschein. OLG. **3** 113 (Darmstadt).

7. Der Erbschein hat die zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Erben zu enthalten. LG. Hamburg, CBlFrG. **1** 764.

8. Ist die rechtliche Wirkung feststehender Thatsachen zweifelhaft, so geschieht dem Gesetz und dem Bedürfnisse der Betheiligten Genüge, wenn die unzweifelhaften Thatsachen bezeugt werden, welche für die Legitimation der Rechtsnachfolger von Erheblichkeit sind. OLG. **1** 364 (Hamburg).

9. Hat der Erblasser einer Person, die er als „Erben" bezeichnet, einen bestimmten Geldbetrag zugewendet, so ist diese Person entweder wirklich als Erbe eingesetzt, demgemäß beim Vorhandensein mehrerer Erben auf einen Bruchtheil berufen und daneben mit dem Vermächtnisse des bestimmten Geldbetrags bedacht, oder es ist ihr in Wirklichkeit nur der Geldbetrag zugewendet. Das Nachlaßgericht hat dies zu prüfen und alsdann entweder im Erbscheine den Erbtheil anzugeben oder ihn, da Vermächtnisse nicht im Erbschein anzugeben sind, überhaupt nicht zu erwähnen. Es darf aber keinen Erbschein ertheilen, in welchem es bezeugt, daß der Bedachte Erbe und daß er nur mit einem Vermächtnisse bedacht, also nicht Erbe ist. BayrObLG. **3** 472, R. **02** 350, OLG. **5** 352.

10. Der Erbe kann die Ertheilung des Erbscheins in Beschränkung auf bestimmte Nachlaßgegenstände (z. B. auf Grundstücke) beantragen. Doch kann der Erbschein nicht für Gegenstände ertheilt werden, die ein Erbe aus dem Nachlaß im Wege der Auseinandersetzung unter Miterben oder als Vorausvermächtniß erlangt hat. BayrObLG. 2 191.

11. Die Ertheilung einer den Inhalt eines Testaments nur ergänzenden Erbbescheinigung ist unzulässig. KG. R. **01** 515.

12. Der Erbschein ist auch das Zeugniß im Falle letztwilliger Erbfolge, welches die Gesetze über die Staatsschuldbücher als Umschreibungsunterlage verlangen. LG. Dresden, R. **00** 463, CBlFrG. **1** 153.

IV. Wirkung des Erbscheins.

1. Angaben im Erbscheine, welche nicht die Größe des Erbtheils oder die Beschränkung des Erben (§§ 2363, 2364) betreffen, haben nicht die dem Erbscheine nach §§ 2365 bis 2367 zukommende Bedeutung. BayrObLG. 2 219.

2. Für den Beweis der Erbfolge ist der Erbschein nicht das ausschließliche Mittel. RG. JW. **00** 729, PosMschr. **00** 169, DJZ. **00** 503.

§ 2354. 1. Die in den §§ 2354, 2355, 2357 aufgeführten Thatsachen sind diejenigen, deren Angabe und Nachweis das Gesetz unter allen Umständen für unentbehrlich erachtet. Abgesehen hiervon sind, wie anzunehmen, auch noch alle diejenigen Thatsachen nachzuweisen, welche im einzelnen Falle zur Begründung eines behaupteten Thatbestandes oder zur Widerlegung einer aus den thatsächlichen Verhältnissen oder besonderen Gesetzesbestimmungen entspringenden Vermuthung angeführt werden. Diese Beweismittel sind — der Beweispflicht des Antragstellers entsprechend — erschöpfend anzugeben, bevor das Nachlaßgericht von Amtswegen den Thatbestand feststellt. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 55, 56.

2. Das bisher sogenannte Erbeslegitimationsverfahren, für das noch kein zutreffender neuer Name gefunden ist („Erbausweisverfahren" dürfte sich empfehlen), theilt sich in die Thätigkeit des Antragstellers (§§ 2354—2357) und die des Nachlaßgerichts (§§ 2358—2360). Antragsteller kann der gesetzliche und der Testamentserbe sein, aber auch sein Gläubiger und der Erbschaftskäufer. Eichhorn **45** 224 ff.

3. Nr. 2. Ist das erbrechtliche Verhältniß nachgewiesen, z. B. Abstammung der Tochter durch Vorlegung der Geburtsurkunde, so kann, wenn die Tochter sich verheirathet hat, die Vorlegung der bezüglichen Heirathsurkunde nicht verlangt werden, sofern nur die Identität nicht zweifelhaft ist. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **00** 118.

4. Nr. 3. Bei hinreichender Glaubwürdigkeit des Versichernden kann das Gericht den Beweis über das Fehlen weiterer Abkömmlinge zur Zeit des Antrags auch als Beweis für die Sachlage zur Zeit des Erbfalls gelten lassen. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** 118, R. **00** 463.

Zu Nr. 3 ist als neu hervorzuheben, daß auch solche Personen „anzugeben" sind, durch welche der Erbtheil des Antragstellers gemindert werden würde, auch wenn sie nicht mehr vorhanden sind, sondern irgend einmal vorhanden waren. Dies ist oft geradezu unmöglich und eine milde Praxis daher wünschenswerth. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 224 ff.

Im Gegensatze zu §§ 1928 ff. muß hier der Erbe beweisen, daß er der Nächstberechtigte sei; Rosenberg, Beweislast 148.

5. Zu Nr. 4 empfiehlt es sich, auch anscheinend ungültige Testamente im Antrage zu erwähnen und mit vorzulegen, weil die Prüfung ihrer Gültigkeit dem Gericht obliegt. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 224 ff. Ebenso Eßlinger, Der Erbschein 54.

Auch eine bestimmte Verfügung von Todeswegen ist anzugeben.

Nach Voß, Gruchots Beitr. **43** 668 f. sind auch widerrufene letztwillige Verfügungen dem Nachlaßgericht anzugeben und zur Prüfung vorzulegen.

§§ 2354 Abs. 2, 2356. Da, wo Geburtsurkunden nur mit besonderen Schwierigkeiten beschafft werden können, ist die Verweisung auf andere Erkenntnißquellen zugelassen. Welcher Art dieselben sein sollen, ist im Gesetze nicht gesagt, und daß etwa an Zeugenvernehmung gedacht sei, ist kaum anzunehmen. Es wird also oft nichts Anderes übrig bleiben, als daß man auch für diesen Punkt die eidesstattliche Versicherung der Antragsteller als Beweismittel zuläßt. Eichhorn, DJZ. **01** 202.

§ 2355 (s. auch Ziff. 5 zu § 2354 und III 3 zu § 2353). In zweifelhaften Fällen ist es geboten, nicht nur schlechthin das Erbrecht zu bescheinigen, sondern auch den in Betracht kommenden Theil der Verfügung von Todeswegen, auf Grund dessen das Erbrecht bescheinigt wird, wörtlich wiederzugeben. Hierdurch wird die Verantwortlichkeit des Richters auf das richtige Maß zurückgeführt, ohne daß der Erbschein seinen Zweck, dem Erben

als bestimmter Ausweis seines Erbrechts zu dienen, verfehlt. Doch gehören nur der wesentliche Inhalt der Verfügung von Todeswegen und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen in den Erbschein, während die Gründe, die das Gericht zu seiner Entscheidung veranlaßt haben, höchstens aktenkundig zu machen sind, damit das Beschwerdegericht die Gründe des ersten Richters nachprüfen kann. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 219

§ 2356. 1. Abs. 1. Falls die Verwandtschaft durch Geburtszeugniß nachgewiesen, so ist nicht etwa auch noch über erfolgte Verheirathung eine Heirathsurkunde vorzulegen. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** 118, R. **00** 464 (s. o. Ziff. 3 zu § 2354).

Der Beweis ist regelmäßig durch öffentliche Urkunden zu erbringen, und nur ausnahmsweise, wo solche nicht beschafft werden können, hat der Beweis durch Zeugen ergänzend einzutreten. OLG. **3** 258 (KG.).

2. Nur der Wegfall der Personen, durch welche der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbtheil gemindert werden würde, ist durch öffentliche Urkunden zu bescheinigen; die Thatsache, daß sie gelebt haben, ist nur „anzugeben" und eidesstattlich als richtig zu versichern. Identitätsbeweise, z. B. für verheirathete Miterbinnen durch Heirathsurkunden, sind nicht erforderlich, außer für die Wittwe des Erblassers.

Frühere Erbbescheinigungen bezüglich weggefallener Miterben und die dazu beigebrachten Kirchenatteste behalten ihre Bedeutung und können aus Akten desselben Gerichts in Abschrift herübergenommen werden. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 234.

3. Die vorgelegten Urkunden sind bei den Akten zu behalten. Eßlinger, Der Erbschein 55 Anm. 3, unter Hinweis auf die entsprechende Bestimmung im § 9 GBO.

4. Von der Wittwe kann ein urkundlicher Nachweis, daß eine Schwangerschaft nicht besteht, nicht gefordert werden. Aus dem Gesetze folgt, daß ein urkundlicher Nachweis nur bezüglich der Angabe § 2354 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 erfordert werden darf. LG. Posen, PosMschr. **02** 61.

5. Abs. 1 Satz 2. Es genügt zunächst die „Angabe" anderer Beweismittel, z. B. zum Nachweise des Wegfalls jung vor dem Erblasser verstorbener Kinder die Bezugnahme auf amtliche Auskunft derjenigen Standes- oder Pfarrämter, in deren Registern voraussichtlich der Geburts- und Sterbefall eingetragen ist. Durch diesen Beweisantritt hat der Antragsteller zunächst seiner Angabepflicht genügt, und es ist nunmehr Sache des Nachlaßgerichts, ob es den angebotenen Beweis erheben, ob es anderweit Ermittelungen anstellen (§ 2358 Abs. 1) oder ob es schon durch die Angaben des Antragstellers die zu erweisenden Thatsachen als festgestellt erachten will (§ 2359). Diese „Angaben" werden in unbedenklich liegenden Fällen dann ausreichen, wenn sie außerdem durch eine Versicherung an Eidesstatt, zu der der Antragsteller oder ein sonst Betheiligter zugelassen werden können (§ 15 Abs. 2 FrGG.), glaubhaft gemacht werden. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 50.

6. Abs. 2. Die eidesstattliche Versicherung kann erst verlangt werden, wenn die angebotenen Beweise sich als ungenügend erwiesen haben. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** 142, R. **00** 464. S. auch u. zu § 2358 Note 2.

7. Die eidesstattliche Versicherung erstreckt sich auch auf die Angabe, daß die Erbschaft angenommen sei, soweit eine solche Angabe vorgeschrieben ist. Eßlinger, Der Erbschein 60 f. gegen Eichhorn, DJZ. **01** 201 ff.

8. Die eidesstattliche Versicherung soll nicht objektive Thatsachen feststellen, sondern nur die subjektive Wissenschaft des Erben zum Gegenstande haben; bloße Möglichkeiten eines anderen Sachverhalts rechtfertigen die Ablehnung des Antrags

nicht. Eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten ist nicht zulässig. Eichhorn, Gruchots Beitr. 45 234, und Eichhorn, Der gemeinschaftliche Erbschein, DJZ. 01 201.

9. a) Die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung behufs Erbeslegitimation durch einen Bevollmächtigten ist unstatthaft. Jastrow Th. II 336. (S. auch vorstehend Nr. 8.)

Die eidesstattliche Versicherung ist vom Erben oder dessen gesetzlichen Vertreter abzugeben; Abgabe der Versicherung durch den Bevollmächtigten des Erben genügt nicht. Voß, Gruchots Beitr. 43 671 f.

b) Abweichend Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 47: Die Frage, ob ein Bevollmächtigter die Versicherung an Eidesstatt abgeben kann, ist weder schlechthin zu bejahen noch schlechthin zu verneinen. Es kommt darauf an, dem Nachlaßgerichte die Ueberzeugung von der Richtigkeit der festzustellenden Thatsachen zu verschaffen (§ 2359); diese Ueberzeugung kann aber auch auf Grund einer von dem Bevollmächtigten abgegebenen Versicherung an Eidesstatt gewonnen werden, zumal § 13 des FrGG. die Vertretung der Betheiligten durch Bevollmächtigte zuläßt und nach § 15 Abs. 1 des FrGG. jeder Betheiligte, wozu auch der bestellte Vertreter zu rechnen sein wird, zur Glaubhaftmachung einer thatsächlichen Behauptung zugelassen werden kann. Es kann dann auch von § 2356 Abs. 2 Satz 2 Gebrauch gemacht und dem Antragsteller die Versicherung an Eidesstatt erlassen werden, wenn die von dem Bevollmächtigten abgegebene für ausreichend erachtet wird.

In den Fällen der §§ 792, 896 CPO. ist der Prozeßbevollmächtigte, und zwar schon kraft seiner Prozeßvollmacht (CPO. § 81) für befugt zu erachten, namens seines Vollmachtgebers die Versicherung an Eidesstatt abzugeben, wenn dieser des Erbscheins zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung bedarf. Es handelt sich in diesem Falle nicht, wie bei dem Erben, um die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechtes, sondern um eine dem Gläubiger zur Durchführung der Zwangsvollstreckung gewährte Vergünstigung.

10. Abs. 2 Satz 2. Der Gebrauch des Wortes „erlassen" weist darauf hin, daß das Gericht nicht ohne Weiteres, sondern nur in Verfolg eines darauf gerichteten Antrags oder Gesuchs von der Versicherung an Eidesstatt absehen kann, desgleichen ist der „Erlaß" dem Antragsteller gemäß § 16 FrGG. bekannt zu machen, doch kann dies in ausreichender Weise durch Uebersendung des antragsgemäß ertheilten Erbscheins geschehen.

Das Nachlaßgericht wird nur unter besonderen Umständen die Versicherung an Eidesstatt erlassen, da durch sie die Gebühr für die Beurkundung der Versicherung an Eidesstatt wegfällt (§ 81 Pr. GKG.), die Erwirkung des Erbscheins also weniger Kosten veranlaßt, als dies sonst der Fall ist. Wenn der Fiskus oder eine ihm gleichgestellte Anstalt u. s. w. ihr Erbrecht geltend machen und dessen Voraussetzung durch Vorlegung ihrer Akten nachweisen, wird regelmäßig die Abgabe einer weiteren Versicherung an Eidesstatt erlassen werden können. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge 50 f.

11. Wenn die Ertheilung des Erbscheins von einer öffentlichen Behörde als Gläubigerin verlangt wird, wird von einer eidesstattlichen Versicherung des Chefs der Behörde regelmäßig abgesehen werden können. LG. Hamburg, Hans.-GerZ. Beibl. 00 142.

12. Best, HessRspr. I 31: Hessische Notare sind gemäß Art. 13 des Hess. Ges. v. 15. 3. 1899 auch im Falle des § 2356 zur Abnahme von Versicherungen an Eidesstatt nicht befugt.

13. Die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung des Erbscheins ist nicht die eines Rechtsgeschäfts, sondern eines bloßen Beweismittels;

sie erfolgt also, obwohl die gerichtliche oder notarielle Form reichsgesetzlich vorgeschrieben ist, nicht nach den Vorschriften des RFrGG., sondern nach denen des Landesrechts. In Preußen ist die Beurkundung rechtsgültig, auch wenn das Protokoll von den Erben nicht unterschrieben ist; es genügt sogar die Beurkundung in Form eines bloßen Aktenvermerkes. Josef, Buschs Z. **29** 166, 168 f.

§ 2357. 1. Abs. 1. Der Antrag des Vollstreckers auf Ertheilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins für mehrere Erben muß den in Abs. 2 und 3 des § 2357 gekennzeichneten Inhalt haben. OLG. **4** 124 (KG.).

2. Abs. 2. a) Die Größe der den Miterben zustehenden Erbtheile ergiebt sich an sich aus dem Nachweise des Verhältnisses, auf dem ihr Erbrecht beruht, oder aus dem Inhalte der dem Erbrechte zu Grunde liegenden Verfügung von Todeswegen. Wenn gleichwohl das Gesetz noch ausdrücklich dem Antragsteller die Pflicht auferlegt, sich über die Größe der Erbtheile auszusprechen, so dient dies zur Erleichterung und Vorbereitung der Entscheidung des Nachlaßgerichts, da in häufigen Fällen, besonders wenn eine Verfügung von Todeswegen vorliegt, die Größe der Erbtheile nichts weniger denn zweifellos ist. Boschan a. a. O. 54.

b) In dem Erbscheine sind die Bruchtheile, nicht aber das ziffernmäßige Ergebniß der Auseinandersetzung anzugeben, denn der Erbtheil ist immer ein Bruchtheil der Erbschaft, niemals eine Summe. Dabei sind ausschließlich die nach dem Gesetze den Erben gebührenden Antheile anzugeben, auf die Abfindung eines Erben aber keine Rücksicht zu nehmen. OLG. **1** 397 (KG.), Seuff. A. **55** 95.

Der Erbschein muß auch über die Größe des Erbtheils zahlenmäßig Auskunft geben und z. B. bei märkischem Provinzialrechte die statutarische Erbportion der Wittwe und die Kindererbtheile genau bezeichnen. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 244—246.

c) Ebenso ist eine Vereinbarung nicht zu beachten, welche von den Erben über die Theilung des Nachlasses getroffen ist. OLG. Colmar, DJZ. **01** 156, CBl.-FrG. **2** 118.

Eine Vereinbarung unter den Erben über eine anderweite Regelung und Vertheilung des Nachlasses ändert an sich weder die Erbverhältnisse, noch die Größe der einzelnen Erbtheile, sondern begründet nur obligatorische Beziehungen unter den Erben, deren Ausführung erst nachträglich auch dingliche Aenderungen im Gefolge hat. Solche Vereinbarung gehört nicht in den Erbschein. OLG. Colmar, CBlFrG. **2** 118.

3. Die Angabe der Erbtheile muß vor Gericht oder Notar erfolgen, ihre Aufnahme in den Begleitantrag des instrumentirenden Notars ist nicht ausreichend. OLG. **3** 256 (KG.).

4. Die Angabe der Erbtheile in privatschriftlicher Form genügt; eine bezügliche eidesstattliche Versicherung kann nicht verlangt werden. Hat Antragsteller die Erbtheile unrichtig angegeben, so hat der Richter den Erbschein mit den richtigen Erbtheilen zu ertheilen, wenn nicht Antragsteller bei seiner unrichtigen Angabe verbleibt. LG. Gnesen, PosMschr. **02** 61.

5. Abs. 3. a) Die „Angabe“ eines von mehreren Miterben, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben, ist weder durch Urkunden zu belegen noch eidesstattlich als richtig zu versichern. Eichhorn, Der gemeinschaftliche Erbschein, DJZ. **01** 202.

b) Wird nur über das eigene Erbrecht ein Erbschein beantragt, so bedarf es keiner Angabe betreffs des Erbschaftsantritts. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 238.

c) Eine Erklärung des Antragstellers, daß „seines Wissens“ keiner der Miterben die Erbschaft ausgeschlagen habe, ist nicht genügend. (A. M.: Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 238.) Das Gericht braucht sich aber nicht bei

den Angaben des Antragstellers zu beruhigen, sondern kann von Amtswegen Ermittelungen über deren Richtigkeit anstellen. Boschan a. a. O. 54, 55.

6. Abs. 4. Erachtet das Nachlaßgericht die Versicherung eines oder einiger der mehreren Erben für ausreichend, so hat sich die eidesstattliche Versicherung **auch auf die Angabe zu erstrecken**, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen **haben**. Leske 1302; Planck V 652 Anm. 2b; Eßlinger, Der Erbschein nach d. BGB. 60, 61. A. M.: Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 236 ff. und DJZ. **01** 202, 203; auch Boschan, Gruchots Beitr. **46** 315.

§ 2358. 1. Abs. 1. Jastrow Th. II 338 Anm. 11: Das Nachlaßgericht hat sich auch darüber schlüssig zu machen, ob und mit welcher Wirkung eine Ausschlagung der Erbschaft stattgefunden, und hat den Erbschein ohne Erwähnung des Ausschlagenden lediglich für diejenigen Personen auszustellen, welche die Erbschaft wirklich erworben haben.

Im Falle eines Erbschaftskaufs (§ 2371) ist lediglich der Verkäufer im Falle der Veräußerung eines Erbantheils (§ 2033), dagegen der Erwerber als Erbe im Erbschein anzugeben. Th. II 348, 351.

Beim Vorhandensein einer Verfügung von Todeswegen muß das Nachlaßgericht auf eigene Verantwortung über deren Gültigkeit und Auslegung sowie über die Feststellung der Person des eingesetzten Erben, endlich über die Beziehungen mehrerer Testamente zu einander eine Entscheidung treffen. Es ist nicht befugt, sich dieser Entscheidung durch Aufnahme des Inhalts unklarer Testamentsbestimmungen in den Erbschein zu entziehen. Th. II 340.

2. Das Nachlaßgericht ist verpflichtet, zunächst die angebotene, zur Aufklärung der Verhältnisse dienliche Beweiserhebung durch Vernehmung von Zeugen u. s. w. vorzunehmen. Erst nach deren Ausfall hat sich das Gericht darüber schlüssig zu machen, ob es zur Ergänzung und Vervollständigung der Feststellungen eine eidesstattliche Versicherung noch für erforderlich erachtet oder davon gemäß § 2356 Abs. 2 absehen kann. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **00** 142. S. auch o. zu § 2356 Nr. 5, 6.

Das Nachlaßgericht ist nicht verpflichtet, im Interesse des Antragstellers von Amtswegen neue Beweismittel ausfindig zu machen und den Antragsteller zu veranlassen, auf diese seinen Antrag zu gründen. Die von den Betheiligten gestellten Anträge bilden die Grundlage für die vom Nachlaßgerichte zu entwickelnde Thätigkeit. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. **00** 253.

3. Der Nachlaßrichter muß dem Antragsteller auf Wunsch einen Termin zur Entgegennahme seiner Erklärungen bestimmen; ihn vorzuladen und zu Aufklärungen zu nöthigen, ist er nicht befugt.

Die „Ermittelungen" beziehen sich nicht auf zweifelhafte Rechtsfragen, sondern nur auf Thatsachen. Sie bestehen lediglich in der Aufnahme der angetretenen Beweise und dürfen nicht zur Widerlegung bloßer Vermuthungen dienen. Für Vernehmungen, die erforderlich werden, besteht Zeugnißzwang. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 240—242.

4. Nach Voß, Gruchots Beitr. **43** 670 f. soll die Beeidigung des Antragstellers durch die Vorschriften über Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ausgeschlossen sein.

5. Gegen die Anordnung, vor Ertheilung des Erbscheins Beweise zu erheben, ist Beschwerde unzulässig. Der Beschluß, betreffend die Erhebung von Beweisen, enthält nur eine Entschließung des Gerichts innerhalb des durch §§ 2358 ff. BGB. vorgeschriebenen Ermittelungsverfahrens. Eine solche Entschließung enthält in sich eine Beeinträchtigung des Rechtes der Beschwerdeführerin nicht und war ihr auch nicht besonders bekannt zu machen. OLG. **2** 139 (Jena), CBlFrG. **1** 725.

6. Abs. 2. In dem Aufgebotsverfahren ergeht kein Urtheil, auch findet ein Ausschluß der nicht gemeldeten Interessenten nicht statt. Anders bei § 1965. Eichhorn, Gruchots Beitr. 45 243.

§ 2359. 1. Eichhorn, Gruchots Beitr. 45 244–246: Grundlage des Erbscheins ist die Ueberzeugung des Nachlaßrichters, daß die für das Erbrecht des Antragstellers angeführten Thatsachen festgestellt sind. Es bedarf also genauer Prüfung, zumal wegen der Gefahr eines Regresses, andererseits dürfen die Anforderungen an die Gewissenhaftigkeit des Erben aber auch nicht zu weit gehen.

Bedingte Erbscheine zu ertheilen, ist unzulässig. Zweifelhafte Ansprüche dürfen nicht ausgeschieden werden, sondern es ist über sie zu entscheiden.

2. Es ist zunächst Sache des Antragstellers, die gesetzlich vorgeschriebenen oder nach den allgemeinen Regeln der Beweispflicht erforderlichen Beweise und Glaubhaftmachungen beizubringen oder anzubieten. Kommt der Antragsteller dieser Pflicht nicht nach, so ist sein Antrag nicht von vornherein abzuweisen, vielmehr entspricht es der Stellung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, das Fehlende nachzubringen oder zu ergänzen. Hat der Antragsteller den Erfordernissen genügt, so hat das Nachlaßgericht, wenn es noch nicht zur Ueberzeugung von der Richtigkeit der nachzuweisenden Thatsachen gelangt ist oder wenn es sich um Thatsachen handelt, die von Amtswegen festzustellen oder von dritter Seite, z. B. von dem Gegner des Antragstellers, geltend gemacht sind, von Amtswegen die nöthigen Ermittelungen anzustellen. Vermag es auch nach Eröffnung aller Beweismittel die für den Nachweis des Erbrechts erheblichen Thatsachen nicht als festgestellt zu erachten, so hat es richtiger Ansicht nach den Antrag auf Ertheilung des Erbscheins abzuweisen. In diesem Falle ist allerdings der Erbe darauf angewiesen, sein Erbrecht im Prozesse nachzuweisen. Selbst in diesem Falle aber ist das rechtskräftige Urtheil für das Nachlaßgericht nicht schlechthin bindend, da es nur zwischen den Parteien, nicht für und gegen Alle Recht schafft. Regelmäßig wird sich aber wohl in solchen Fällen das Nachlaßgericht entschließen, entsprechend der rechtskräftigen Entscheidung des Prozeßgerichts den Erbschein zu ertheilen. Boschan a. a. O. 63 ff.

3. Der Erbschein darf nicht schon bei Nichtüberzeugung vom Erbrechte des Antragstellers versagt werden. Zweifel in thatsächlicher Hinsicht stehen der Ertheilung des Erbscheins an sich nicht entgegen, wenn die zur Begründung des Antrags erforderlichen Thatsachen an sich feststehen. OLG. 5 349 (KG.); vgl. OLG. Jena u. Ziff. 6 zu § 2361.

Das Nachlaßgericht darf die Ertheilung eines Erbscheins nicht ablehnen, weil Zweifel über die Willensmeinung des Testators bestehen. Die Willensmeinung des Testators muß vielmehr nach der einen oder anderen Richtung aufgefaßt werden, und es ist Sache des Nachlaßgerichts, diese Zweifel zu lösen, ohne daß damit allerdings eine definitive Auslegung des Testaments gegeben wird. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. 01 204.

4. Nach Voß, Gruchots Beitr. 43 664 f. soll die Ertheilung des Erbscheins während der Dauer des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung ausgeschlossen sein; ein etwa vorher ertheilter Erbschein soll bei Einleitung von Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung zurückzugeben sein.

5. Hat der wirkliche Erbe nach § 2361 das Recht, vom Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen, und ist ihm nicht minder die Befugnis zuzugestehen, beim Nachlaßgerichte die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins gemäß § 2361 zu beantragen, so muß er erst recht befugt sein, einer auf Ertheilung eines unrichtigen Erbscheins gerichteten

Anordnung zu widersprechen und eine solche Anordnung mit Beschwerde anzufechten, wobei dahingestellt bleiben kann, ob auch gegen die Ertheilung selbst Beschwerde eingelegt werden kann. OLG. 4 127 (Jena).

§ 2360. 1. Das Bestehen eines Prozesses über das Erbrecht hindert nicht die Ertheilung eines Erbscheins. Dem Nachlaßgerichte fällt vielmehr bei einem Streite zwischen gesetzlichen und Testamentserben über die Ertheilung eines beiderseits beantragten Erbscheins zunächst die Aufgabe zu, den Streit durch die Ertheilung des Erbscheins mit den in §§ 2365ff. gedachten Wirkungen vorläufig — d. h. bis zur Entscheidung durch den Prozeßrichter — zu regeln. OLG. 2 466 (KG.).

2. Abs. 1. Die Vorschrift der „Anhörung eines Gegners des Antragstellers" ist praktisch bedenklich; die Vorschrift der Anhörung anderer Interessenten ist nicht klar und enthält für Privattestamente eine unbillige Erschwerung. Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 247.

3. Abs. 2. Die von der Gegenseite abgegebene Erklärung ist für die Entscheidung des Nachlaßgerichts nicht bindend. Insbesondere würde, wenn das in nichtöffentlicher Urkunde enthaltene Testament wegen Formmangels oder aus einem sonstigen Grunde nichtig oder sonst ungültig wäre, die Anerkennung der Gegenseite dem Testamente Gültigkeit nicht verschaffen, und selbst wenn die Gegenseite vertragsmäßig sich zur Anerkennung des Testaments verpflichtet hätte, würden hierdurch nur Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragschließenden entstanden sein, welche für die allgemeine Feststellung des Erbrechts bedeutungslos wären. Dagegen kann allerdings der vertragsmäßige Verzicht eines Anfechtungsberechtigten auf das Anfechtungsrecht das Testament unanfechtbar machen. Boschan a. a. O. 66.

4. Ueber Ertheilung des Erbscheins bei Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung oder bei Anfechtbarkeit des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit vgl. Voß, Gruchots Beitr. **43** 663f.

§ 2361. Abs. 1. 1. Ueber Zuständigkeit des Gerichts zur Einziehung des Erbscheins vgl. Voß, Gruchots Beitr. **43** 677.

2. Es handelt sich in den vorausgesetzten Fällen nicht sowohl um die Unrichtigkeit der Urschrift des ertheilten Erbscheins, als vielmehr um die Unrichtigkeit der in Verkehr gebrachten Ausfertigung, und dem Nachlaßgerichte soll die Gewalt gegeben werden, zur Verhütung des Mißbrauchs eine unrichtige Ausfertigung einzuziehen. Der § 2361 berührt daher nicht die Frage, ob gegen die Verfügung, welche die Ertheilung des Erbscheins anordnet, das Rechtsmittel der Beschwerde (FrGG. §§ 19, 20) zulässig ist. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde ist zu bejahen, doch verliert durch die Aufhebung oder Abänderung der Verfügung die in den Verkehr gebrachte Ausfertigung noch nicht ihre rechtliche Wirksamkeit. Vielmehr verliert die Ausfertigung ihre Bedeutung als einer öffentlichen Urkunde (§ 2365). Boschan a. a. O.

3. Der Nacherbe ist befugt, bei dem Nachlaßgerichte die Einziehung eines dem Vorerben ertheilten Erbscheins zu beantragen, wenn in dem Erbscheine die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge unrichtig angegeben sind. BayrObLG. KGJ. **24** D 10, OLG. **4** 132.

4. a) Zweifel an der Richtigkeit des Erbscheins haben nicht die sofortige Einziehung, sondern zunächst nur die im § 2361 angeordneten Ermittelungen zur Folge. OLG. **2** 256 (Jena); vgl. auch OLG. **5** 353 (Jena); BayrObLG. **2** 543.

b) Der Behauptung, daß ein ertheilter Erbschein unrichtig sei, ist auch ohne besonderen Antrag nachzugehen; die Behauptung ist zu prüfen und je nach

dem Ausfalle dieser Prüfung der Erbschein behufs Vervollständigung einzuziehen oder nicht einzuziehen. **RG.** DIZ. **02** 250.

5. Mit einer Beschwerde darüber, daß ein ertheilter Erbschein unrichtig sei, ist nur zu erreichen, daß der Erbschein eingezogen oder für kraftlos erklärt werde.

Ist die Ertheilung des Erbscheins dem Antragsteller bekannt gegeben, so sind damit gemäß § 16 Abs. 1 FrGG. die Wirkungen sofort ins Leben getreten, die das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 2365 ff. mit der Ertheilung des Erbscheins verbindet. Es ist daher nicht angängig, die Folgen, die mit der Ertheilung bzw. mit dem Besitz eines unrichtigen Erbscheins verknüpft sind, einfach dadurch zu beseitigen, daß der Beschluß des Nachlaßgerichts aufgehoben und der Antrag auf Ertheilung eines Erbscheins abgelehnt wird. Es ist vielmehr nach § 2361 BGB. erforderlich, daß das Nachlaßgericht den unrichtigen Erbschein einzieht, bzw. für kraftlos erklärt. Zu diesem Zwecke kann der durch Ertheilung des unrichtigen Erbscheins Verletzte seine Anträge beim Nachlaßgerichte stellen, es kann aber auch nach § 2362 BGB. der wirkliche Erbe und nach § 2363 Abs. 2 der Nacherbe von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangen. BayrObLG. **2** 543.

6. Nicht nur dann, wenn sich neue Thatumstände aus den Ermittelungen ergeben, ist die Einziehung eines auf unrichtigen Feststellungen beruhenden Erbscheins zulässig, sondern auch dann, wenn bei unveränderten thatsächlichen Unterlagen bloß eine andere rechtliche Würdigung derselben eintritt, wenn sich also der Erbschein bei einer Nachprüfung als unrichtig aus Rechtsgründen ergiebt. LG. Köln, CBlFrG. **2** 173.

Der Erbschein ist „als unrichtig" auch einzuziehen, wenn er sich bei einer Nachprüfung aus Rechtsgründen als unrichtig erweist. OLG. **3** 259 (KG.).

7. Abs. 3. Der Erbschein ist dann nicht zu ertheilen, wenn es dem Antragsteller nicht gelingt, die Ueberzeugung von seinem Rechte dem Richter zu verschaffen. Der Richter ist aber nach § 12 RFrGG. verpflichtet, gemäß § 2361 Abs. 3 Ermittelungen anzustellen und nur, wenn trotz Benutzung sämmtlicher Erkenntnißquellen sich ein non liquet ergiebt, ist der Schein zu versagen. OLG. **2** 256 (Jena). S. auch o. zu § 2359 Note 1.

8. Während bezüglich der Kraftloserklärung des Erbscheins eine Beschwerde ausgeschlossen ist (§ 84 RFrGG.), ist gegen den Einziehungsbeschluß Beschwerde zulässig. LG. Posen, PosMschr. **00** 171.

9. § 2361 bezieht sich nur auf unrichtige Erbscheine des neuen Rechtes. Es bedarf also nicht der Einziehung von unrichtigen Erbbescheinigungen, die auf Grund des alten Rechtes ertheilt sind. OLG. **2** 378 (KG.).

§ 2362. Abs. 1 giebt dem wirklichen Erben ein durch Klage erzwingbares Recht auf Herausgabe eines unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht. Böhm 263 f.

§ 2363. 1. Nach Voß, Gruchots Beitr. **43** 660 soll der Nacherbe nach Eintritt des Erbfalls berechtigt sein, Herausgabe des über die Vorerbschaft ertheilten Erbscheins von dessen Besitzer an das Nachlaßgericht zu verlangen, ohne daß indessen die Herausgabe Bedingung des dem Nacherben neu zu ertheilenden Erbscheins wäre.

2. Der einem Vorerben ertheilte Erbschein ist zugleich für die Legitimation der zur Zeit seiner Ausstellung als Nacherben berufenen Personen von Erheblichkeit und soll deshalb diese Nacherben thunlichst genau bezeichnen. KGJ. **24** A 185, OLG. **4** 433, RJA. **3** 66.

3. Nur Beschränkungen im Sinne der §§ 2363, 2364 sind im Erbschein anzugeben, nicht aber „Beschwerungen" der Erben, wie die Anordnung von Vermächtnissen. OLG. **1** 298 (KG.), CBlFrG. **1** 333.

4. Abs. 1. In der häufig wiederkehrenden Bestimmung eines Testaments, daß der überlebende Ehegatte im Falle seiner Wiederverheirathung verpflichtet sein soll, mit den Kindern nach der Regel der gesetzlichen Erbfolge sich auseinanderzusetzen oder Theilung zu halten, kann nur eine besondere Bestimmung des Erblassers gefunden werden, die dahin geht, daß die Kinder hinsichtlich des Antheils an dem Nachlasse, der ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge zustehen würde, Nacherben sein sollen, während der überlebende Ehegatte hinsichtlich des ihm selbst nach der gesetzlichen Erbfolge zustehenden Erbtheils Erbe bleiben und daher nunmehr insoweit unbedingt Erbe sein soll. Es liegt daher insoweit eine die Einsetzung des Vorerben auflösend bedingende Nacherbeinsetzung der Kinder vor, und zwar im Sinne des Erblassers derjenigen Kinder, welche zur Zeit des Erbfalls am Leben oder erzeugt sein würden, auch wenn sie die Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten nicht mehr erlebt haben sollten. Boschan a. a. O. 259 f.

5. Die erfolgte Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist im Erbschein auch dann anzugeben, wenn die Annahme des Amtes noch nicht stattgefunden hat. Jastrow Th. II 342 Anm. 6.

§ 2364. Eine Beschränkung des regelmäßig dem Testamentsvollstrecker zustehenden Verfügungsrechts kann in dem Erbschein erwähnt werden. Eßlinger, Der Erbschein 16 f.; vgl. aber auch Motive z. BGB. V 566.

§ 2365. 1. Hinsichtlich der Beschränkungen des Erben hat die Vermuthung nur negativen Inhalt: es wird vermuthet, daß der Erbe nicht weiter als angegeben beschränkt ist, aber es besteht keine Vermuthung für die Rechtswirksamkeit der angegebenen Beschränkungen. Eßlinger, Der Erbschein 75 gegen Planck, Anm. 2 b zu § 2365.

2. Sind mehrere einander widersprechende Erbscheine ausgestellt, so wird dadurch die Vermuthung für die Richtigkeit ausgeschlossen; dagegen können redliche Dritte sich auf den Inhalt eines jeden der Erbscheine berufen; bei Kollisionen geht der erste Erwerber eines Nachlaßgegenstandes vor, da mit der Veräußerung der Gegenstand aus dem Nachlaß ausgeschieden ist. Eßlinger, Der Erbschein 101.

§ 2366. 1. Die Bestimmung findet auch Anwendung auf denjenigen, zu dessen Gunsten eine Vormerkung an dem Erbschaftsgegenstand eingetragen wird. Othmer, Vormerkung 100 Ziff. XIX.

2. Wer sich auf den öffentlichen Glauben des Erbscheins berufen kann, bedarf nicht der Berufung auf das Grundbuch und braucht daher auch einen im Grundbuch eingetragenen Widerspruch nicht gegen sich gelten zu lassen. Eßlinger, Der Erbschein 98 f. gegen Strohal 380 Anm. 12 (der 2. Aufl.).

3. Dem Erwerber muß seine Kenntniß oder sein Wissen bewiesen werden. Rosenberg, Beweislast 124.

§ 2367. Auch dem zur Zahlung an den Zeugnißerben rechtskräftig verurtheilten Erbschaftsschuldner kommt der öffentliche Glaube des Erbscheins zu Gute, obgleich der Schuldner in diesem Falle nicht im Vertrauen auf den Erbschein sondern zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung zahlt. Eßlinger, Der Erbschein 96, gegen Krafft, Seuff. Bl. **64** 291.

§ 2368. 1. Abs. 1. Die Ertheilung des Zeugnisses über Ernennung des Testamentsvollstreckers setzt die erfolgte Annahme des Amtes voraus. Jastrow Th. II 343.

2. Der Testamentsvollstrecker weist sich in erster Linie durch die Vorlegung des in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Testaments und des Eröffnungsprotokolls aus, ein Zeugniß des Nachlaßgerichts kann nur aus besonderen Gründen verlangt werden. Es steht nicht im Belieben des Grundbuchrichters, statt der

Vorlegung der bezeichneten Urkunden das Zeugniß zu fordern. Vielmehr ist ein dahin gehendes Begehren im Einzelfalle zu rechtfertigen. So auch Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht II 234 Nr. 3, KGJ. 24 A 221, OLG. 5 431, RJA. 3 133.

3. a) Sind mehrere Testamentsvollstrecker ernannt und vom Erblasser hinsichtlich der Führung des Amtes von der Vorschrift des § 2224 BGB. abweichende Anordnungen getroffen worden, so ist dies in dem Zeugniß anzugeben. KGJ. 22 A 269, OLG. 3 383, RJA. 2 16.

b) Das Gesetz geht davon aus, daß nur die Abweichungen von den im Zweifel dem Testamentsvollstrecker zustehenden Machtbefugnissen im Zeugniß anzugeben sind, mag es sich um geringere oder um größere Machtbefugnisse als im Zweifel handeln. Der Zweck des Zeugnisses ist die Erleichterung und Sicherung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit dem Testamentsvollstrecker; vgl. Förster a. a. O. 173 und 174.

c) Der Regel des § 2368 Abs. 1 Satz 2 entsprechend muß es im Zeugnisse vermerkt sein, wenn von drei ernannten Testamentsvollstreckern schon je zwei zum Handeln nach außen hin legitimirt sein sollen. OLG. 3 383 (KG.).

4. Das auf eine letztwillige Verfügung gegründete Zeugniß wird hinfällig, wenn diese wegen Formmangels nichtig ist. In diesem Falle ist die Einziehung des Zeugnisses nach § 2361 Abs. 1 von Amtswegen geboten. OLG. 4 126 (KG.).

5. Hat eine mit ihren Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Wittwe über ihren Nachlaß (portio statutaria) einseitig testirt und einen Testamentsvollstrecker ernannt, so braucht in dem über die Ernennung desselben zu ertheilenden Zeugnisse nicht angegeben zu werden, daß er in der Verfügung über zum Gesammtgute gehörende Gegenstände beschränkt ist, da sich diese Beschränkung von selbst versteht. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. 01 75.

6. Ist in der Stiftungsurkunde einer Familienstiftung dem Gerichte die Aufsicht über die Verwaltung nicht übertragen, so ist das Gericht nicht berechtigt oder verpflichtet, dem von der Familie gewählten Kurator zu seiner Legitimation eine Bescheinigung über seine Berechtigung zur Vertretung der Stiftung zu ertheilen. KGJ. 26 A 43.

§ 2369. 1. Die Ertheilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins im Sinne des § 2369 kommt nur dann in Frage, wenn es an einem die Erbschaft nach deutschem Rechte als Ganzes umfassenden Nachlaßgericht, mit anderen Worten an einem Nachlaßgericht im Sinne des § 73 Abs. 1 des FrGG. fehlt. Wenn daher der § 2369 beginnt: „Gehören zu einer Erbschaft, für die es an einem zur Ertheilung „des" Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgerichte fehlt, Gegenstände" u. s. w., so ist eben unter dem zur Ertheilung „des" Erbscheins zuständigen Nachlaßgerichte das im § 73 Abs. 1 des FrGG. näher bezeichnete, zur Ertheilung eines allgemein wirksamen Erbscheins berechtigte Gericht zu verstehen. Wenn dann der § 2369 fortfährt: „so kann die Ertheilung eines Erbscheins für diese Gegenstände verlangt werden", so werden hierdurch nur die materiellen Voraussetzungen für die Ertheilung des gegenständlich beschränkten Erbscheins festgestellt, während für diesen Fall — aber auch nur für diesen — die Zuständigkeitsvorschriften in Abs. 3 des § 73 FrGG. enthalten sind. Boschan a. a. O. 25.

2. Ein Erbschein mit Beschränkung auf einzelne Nachlaßgegenstände kann nur unter den Voraussetzungen des § 2369 ertheilt werden. Eßlinger, Der Erbschein 27 ff.; dagegen besagt Bayr. Just.Min.Bek. vom 20. März 1903 — J.M.Bl. 112 ff. — § 55 Abs. 2: Der Erbe kann die Ertheilung eines Erbscheins mit Beschränkung auf bestimmte Nachlaßgegenstände, z. B. nur in Ansehung eines Grundstücks, beantragen.

§ 2370. Dem Dritten muß seine Kenntniß oder sein Wissen bewiesen werden. Rosenberg, Beweislast 124 ff.

Neunter Abschnitt.

Erbschaftskauf.

§ 2371. 1. Der Erbschaftskauf überträgt nicht das Erbrecht auf den Käufer, sondern giebt ihm nur das obligatorische Recht gegen den Verkäufer auf Verschaffung der Erbenstellung; der Verkäufer verschafft dem Käufer die Erbenstellung erst durch Uebertragung der einzelnen Erbschaftsgegenstände (vgl. o. zu § 2033). Strohal 166 f., 121 f.; Böhm 254, 255.

Der Erbe kann auch einen Bruchtheil seiner Erbschaft verkaufen. Strohal 163; Böhm 253; über die Haftung des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern in diesem Falle s. Strohal 168.

Nach Analogie des Erbschaftskaufs will Böhm 254 den nach Eintritt des Erbfalls erfolgten Verkauf einer noch nicht angefallenen Erbschaft behandeln.

Der Erbschaftskauf hat nicht das Erbrecht als solches, sondern die einzelnen Nachlaßstücke zum Gegenstande. OLG. **1** 348 (KG.).

2. Der Erbschaftskäufer tritt auch in Ansehung der einzelnen Sachen an die Stelle des Verkäufers in die Erbengemeinschaft, er wird, gleich den anderen Miterben, Miteigenthümer zur gesammten Hand, und zwar ohne Weiteres. Gehört zu dem verkauften Nachlaß ein Grundstück, so bedarf es deshalb auch keiner Auflassung, sondern nur einer Berichtigung des Grundbuchs. OLG. **4** 189 (KG.).

3. Verkauft ein Alleinerbe die Erbschaft, so bleibt er nach BGB. Erbe, und zur Uebertragung der Grundstücke oder der dinglichen Rechte an solchen auf den Käufer bedarf es der Auflassung oder der Abtretung. In diesem Falle kommt § 36 GBO. nicht zur Anwendung. Wohl aber erscheint er anwendbar, wenn der Antheil eines Miterben veräußert ist; denn dieser scheidet aus der Miterbengemeinschaft ganz aus und an seine Stelle tritt der Käufer in die Gemeinschaft ein. Letzterer ist deshalb in den Erbschein vom Nachlaßgericht aufzunehmen und der Nachweis seiner „Erbfolge" kann dem Grundbuchrichter nur durch den Erbschein geführt werden. Förster, Handb. des form. Grundbuchr. 132.

4. Der nach dem 1. Januar 1900 geschlossene, den Nachlaß eines vorher Verstorbenen betreffende Erbschaftskauf ist nach altem Rechte zu beurtheilen. OLG. **2** 242 (KG.).

5. Der Erbschaftskauf ist im Gegensatze zum ALR. als ein obligatorischer Vertrag anzusehen, dessen Gegenstand nicht das Erbrecht als solches, sondern der Inbegriff der zur Erbschaft gehörigen einzelnen Vermögensstücke ist, so daß er nur einen Titel zur Singularsukzession bildet. Für die Stempelpflicht in Preußen folgt hieraus, daß der Stempel für Grundstücke mit 1 %, für die übrigen Sachen mit $^{1}/_{3}$ % zu berechnen ist. — Freilich hat die Verfügung eines Miterben über seinen Antheil nach § 2033 BGB. dingliche Wirkung. Nicht das Antheilsrecht an den einzelnen Gegenständen, sondern das Antheilsrecht als solches gilt als übertragen. KGJ. **20** B 36, OLG. **1** 348 (KG.).

6. Den Erbschaftskäufer — §§ 2371 ff. BGB. — wie den Vermögensübernehmer — § 419 BGB. — trifft bei der Konkurs- und Einzelanfechtung nur die Haftung des anderen Rechtsnachfolgers nach § 40 II Konk. Ord.; § 11 II Anf.Ges. Beide fallen nicht unter den Begriff „Erbe" und für sie fehlt es an dem Requisit der Gesammtnachfolge. Meyer, Seuff. Bl. **65** 297.

§ 2382. Käufer und Verkäufer einer Erbschaft haften, soweit sie beide beschränkt oder unbeschränkt haften, den Nachlaßgläubigern als Gesammtschuldner. Böhm, Gruchots Beitr. 42 708.

§ 2383. Dem Käufer steht das Recht, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, neben dem Verkäufer selbständig zu, und es wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer seinerseits das ihm zustehende Recht verloren hat. Leske 1315; Planck V 697 Anm. 1 zu § 2383; v. Staudinger-Herzfelder V 713 Anm. B.

Einführungsgesetz.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Literatur: **Kuhlenbeck**, Das Einführungsgesetz zum BGB. Im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins erläutert. Berlin 1901. — **Riedner**, Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896. Erläutert. Zweite, unter Berücksichtigung der Ausführungsgesetze sämmtlicher Bundesstaaten umgearbeitete und vermehrte Auflage. Berlin 1901. — **Neumann**, Handausgabe des BGB. Bd. III (3). Berlin 1903. — **Planck**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, erläutert von Planck u. a. Bd. VI. Einführungsgesetz, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1901. **Scherer**, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, erläutert. Erlangen 1900. — **Habicht**, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. Jena 1901.

Art. 1. In Folge des durch Art. 1 Abs. 2 EG. z. HGB. bestimmten Inkrafttretens des 6. Abschnitts des ersten Buchs des neuen HGB. zum 1. Januar 1898 ist Art. 1 BGB. durchbrochen, indem die in HGB. § 62 angezogenen §§ 842—846 BGB. und ferner die in §§ 842—846 angezogenen §§ 760, 254, 278 bereits am 1. Januar 1898 in Kraft treten. Ebenso tritt im Rahmen des HGB. § 75 auch der § 343 BGB. am 1. Januar 1898 in Kraft. **v. Specht**, DJZ. **97** 261.

Zustimmend **Staub** (Supplement zu seinem Kommentar 191), der jedoch das Inkrafttreten des § 343 verneint; (vgl. auch **Staub**, DJZ. **97** 336.

Weiter geht **Wolff**, Holdheims MSchr. **6** 234, der das ganze BGB. am 1. Januar 1898 in Kraft treten läßt, soweit zur Beurtheilung der Verhältnisse der Handlungsgehülfen das Civilrecht herangezogen werden muß.

Dagegen meint **Kahn**, DJZ. **97** 400, daß nach dem Willen des Gesetzgebers nur das jus speciale der Handlungsgehilfen, nicht jedoch das BGB. in irgend einer Bestimmung, am 1. Januar 1898 in Kraft treten sollte.

Feisenberger, DJZ. **97** 422 will die §§ 842—846 BGB. jedenfalls nicht allgemein, sondern nur auf dem Gebiete des Handelsrechts in Kraft treten lassen.

Ueber die Anwendung der neuen Bestimmungen auf ältere handelsrechtliche Dienstverhältnisse, insbesondere diejenigen der Handlungsgehülfen, s. **Habicht** 503 Anm. 1, der sich übrigens gegen die Rückwirkung der neuen Vorschriften ausspricht.

Art. 2. **Arndt**, R. **01** 108: Was sind Verwaltungsvorschriften? — **Ehrlich**, Das zwingende und nicht zwingende Recht im BGB. 1899. — **Friedrichs**, R. **02** 69: Modernes Gewohnheitsrecht. — **Häpe**, SächsA. **11** 657: Zur Gesetzesauslegung. Die Absicht des Gesetzgebers. — **Josef**, DJZ. **01** 232: Zuständigkeit für die Ausstellung von Zeugnissen über das in Preußen geltende Recht. Art. 86 PrAG. z. GVG. — **Sturm**,

Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen Deutschen Reichsrechts. 1900. — Sturm, JW. 02 56: Zur Abwehr und zum Verständniß (Gewohnheitsrecht). — Schmidt, das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. 1899.

Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 ist jeder für die rechtliche Behandlung bestimmter Thatsachen erhebliche Satz, mag er bejahend oder verneinend oder begriffsentwickelnd, mag er materiell ein selbständiger ganzer Rechtssatz oder nur ein unselbständiger Theilsrechtssatz sein. Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht 5.

Sturm stellt für die Entstehung des Gewohnheitsrechts eine völlig neue Lehre auf. Er leugnet sowohl, daß die Gewohnheit je bei den sich Gewöhnenden Recht bilde, als auch, daß es einen Weg gebe, ihr bei den nicht Uebenden Geltung zu verschaffen, und bricht auf diesem Gebiete mit der historischen Schule. Er sucht die Lösung nur in der Rechtspsychologie, in dem angeborenen irdischen Triebe, dem Rechtsgefühle des homo sapiens. Nach der Kritik des Sturmschen Buches von Bornhak, A.bürgR. **16** 3 faßt sich seine Lehre in folgende Sätze zusammen: 1. Die Uebenden bindet das Rechtsgefühl an ihre eigene Uebung. 2. Die Nichtübenden bindet dasselbe Rechtsgefühl an die Rechtsübung der Uebenden. 3. Das so entstandene Uebungsrecht gilt überall ohne Hinderung als Recht, wo es vorhanden ist. 4. Das Gesetz ist die abgeleitete Rechtsform, aus der Uebung dem Gesetzgeber zu gehorchen, entstanden und von demselben Rechtsgefühl gehalten. 5. Jedes Gesetz kann durch Uebungsrecht aufgehoben werden. Zustimmend Oertmann, A.bürR. **20** 1, der nur einwendet, daß Sturm in der Uebung die Objektivirung des Volkswillens sieht.

Gegen Sturm wendet sich Klöppel in der Besprechung JW. **01** 875. Er verwirft für das neue Reichsrecht jede Lehre vom Gewohnheitsrecht, und läßt in Uebereinstimmung mit Bülow „Gesetz und Richteramt" den Richter das Recht machen. Sturm bekämpft diese Kritik in seiner Erwiderung JW. **02** 56.

Die streitige Frage, ob neben dem BGB. auch Gewohnheitsrecht gilt und ob dieses, sei es allgemeines oder partikulares, sogar gegen das verkündete Reichsgesetz gelten solle, wird verschieden beantwortet.

Schmidt führt aus: Während der E. I BGB. theoretisch dem Gewohnheitsrecht noch einen bestimmten, freilich schon sehr eng bemessenen Spielraum zuweisen wollte, erwähnt es der jetzige Text überhaupt nicht mehr. Ein sachlicher Unterschied ist jedoch durch diese Differenz nicht herbeigeführt worden; sogar wenn dem jus non scriptum alle und jede Kraft ausdrücklich abgesprochen worden wäre, hätte es dadurch an seinem natürlichen Geltungsbereiche keine Einbuße erlitten, denn gesetzliches und gewohnheitsmäßig erzeugtes Recht stehen völlig koordinirt neben einander, so daß keines über das andere irgendwie maßgebend zu verfügen vermag.

Das hat seinen Grund darin, daß beides nur verschiedene Ausdrucksformen eines und desselben Sozialwillens sind: entweder ausdrücklich oder stillschweigend stellt der Staat oder ein sonstiger realwillensfähiger Verbandsorganismus für seine Angehörigen die gegenseitigen Normen des Verhaltens fest, d. h. er schafft für sie objektives Recht. Es giebt nun aber keine übergeordnete, für den Staat als solchen wahrhaft rechtsverbindliche (a. a. O. 4 ff.) Norm, kraft deren der ersten Erklärungsart juristisch ein höherer Werth zustünde als der zweiten; vielmehr kann der Staat jeden Augenblick das, was er zunächst ausdrücklich in Gesetzesform angeordnet hat, auch durch konkludente Handlungen wirksam zurücknehmen oder umgestalten. Von dieser Möglichkeit macht er dann praktischen Gebrauch, wenn er seine Organe ungehindert eine andersartige Thätigkeit entfalten läßt, als die Gesetzesvorschrift eigentlich von ihnen verlangt hatte.

Aus dieser Fähigkeit des Staates als Ganzen folgt, daß unter allen Umständen, mag nun das Gewohnheitsrecht von dem geschriebenen Gesetz ausdrücklich anerkannt oder mit Stillschweigen übergangen, oder selbst direkt verboten sein, den Richtern die begrifflich unentziehbare Möglichkeit bleibt, von sich aus neue und abweichende Regeln einzuführen, daß sie allmählich jedes Gesetz durch ihm widersprechende, den realen Lebensbedürfnissen besser angepaßte Einzelerkenntnisse völlig zu beseitigen im Stande sind (14 ff., 36 ff.). Als wirksames und völlig ausreichendes Korrektiv gegen die hiernach vielleicht zu besorgende Rechtsunsicherheit erscheint die persönliche Haftung des richterlichen Individuums: während es bei allen gesetzmäßigen Entscheidungen kraft einer ausdrücklichen staatlichen Autorisation und subjektiv durch letztere gedeckt thätig wird, muß es die abweichenden Urtheile auf Grund eines zunächst bloß präsumierten Sozialwillens, d. h. auf eigene Gefahr und Verantwortlichkeit, erlassen (18 ff., 39).

Neben der bisher angedeuteten, durch ständig gleich bleibende Richtersprüche vermittelten Form der Gewohnheitsrechtsbildung ist an sich, wenngleich praktisch wohl fast stets mit jener vereinigt und verflochten, auch noch eine solche ohne jedwede Zuhülfenahme staatlicher Organe möglich: das Volk als solches vermag schon durch gleichmäßiges Handeln ein wirksames jus non scriptum zu begründen. Indes erfolgt auch hier die eigentliche Erhebung der thatsächlich geübten Handlungsnormen zu spezifischen Rechtssätzen nicht etwa durch die unorganisierte Masse der Einzelindividuen; vielmehr liegt dabei, genau betrachtet, wiederum ein in Wirklichkeit schon vorhandener, bloß nach außen hin noch gar nicht (so wenig wie ausdrücklich) erklärter Sozialwille zu Grunde (41 ff.).

Für die Geltung des Gewohnheitsrechts ist Gareis, Allg. Theil XXXVI bis XXXVIII: Unter Gesetz im Sinne des BGB. ist auch Gewohnheitsrecht zu verstehen und zwar sowohl allgemeines wie partikulares; es kann sich auch partikulares Gewohnheitsrecht bilden und zwar nicht bloß zur Ausfüllung von Lücken des BGB., sondern auch gegen das BGB.; Art. 2 RVerf. steht dem nicht entgegen, da er gar nicht vom Gewohnheitsrecht spricht; thatsächlich wird sich freilich sehr schwer ein dem BGB. derogirendes Gewohnheitsrecht bilden können, am schwersten im Gebiete des ALR.

Ueber das Verhältniß von Gewohnheitsrecht und Geschäftsgebrauch bemerkt Danz, Laienverstand, Iherings J. 38 454 ff. (Sep.Abdr. 82): Das BGB. erkennt das Gewohnheitsrecht auch territorialer kleinerer Kreise an, indem es die Gewohnheiten des Verkehrs in den §§ 157, 242 zu Rechtssätzen erhebt.

Scholz, Elſ. Lothr. JZ. 24 460 ff. führt aus, daß das BGB. mit der Bezugnahme auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242) nicht Gewohnheitsrecht zulassen will, und ferner, daß die Ansicht, die Sätze der Verkehrssitte gingen den dispositiven Normen des BGB. vor, irrig ist. Gegen Danz auch Krückmann, Iherings J. 38 191 ff.

Gegen jede Geltung von Gewohnheitsrecht neben oder entgegen dem Gesetzesrechte des Reichs Osthelder, R. 00 33—34: Denn nach der RVerf. kann Reichsrecht nur auf dem durch diese vorgeschriebenen Wege entstehen. Sie erwähnt aber die Rechtsgewohnheit nicht. Reichsgewohnheitsrecht kann auch gar nicht entstehen, denn die übereinstimmende Rechtsübung der Betheiligten innerhalb des Deutschen Reichs könnte nur dann die Wirkung eines Reichsgesetzes haben, wenn sie ihr durch Reichsgesetz beigelegt würde. Ebensowenig wie übereinstimmende Landesgesetze Reichsgesetze nicht vertreten oder auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes, soweit dies nicht ausdrücklich zugelassen ist, Reichsgesetze ergänzen oder abändern können, kann dies durch eine in den einzelnen deutschen Staaten sich bildende übereinstimmende Rechtsgewohnheit geschehen. Auch wird das Gewohnheitsrecht in einem großen Theile Deutschlands

landesrechtlich nicht anerkannt, so daß sich eine in ganz Deutschland übereinstimmende Rechtsgewohnheit überhaupt nicht bilden kann. Die Rechtsgewohnheit kann daher nur insoweit als Rechtsquelle gelten, als es im Gesetze zugelassen wird.

Aus der Rechtsprechung:

1. Ein Rechtsirrthum der Betheiligten ist geeignet, die Bildung des Gewohnheitsrechts zu verhindern, wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß die Uebung durch den Irrthum motivirt ist, daß also die Uebung nicht auf einer von dem Irrthum unabhängigen Rechtsüberzeugung beruht hat. RG. JW. 02 639.

2. Durch bloßen Gerichtsgebrauch kann sich, wenn dieser auf eine unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes zurückzuführen ist, ein von diesem abweichendes Gewohnheitsrecht nicht bilden. Es würde an der für die Entstehung des Gewohnheitsrechts nothwendigen Rechtsüberzeugung fehlen, die gerade darin besteht, daß sich Rechtssätze abweichend von dem bestehenden Rechte oder wenigstens unabhängig von diesem als in Geltung befindlich in dem gemeinsamen Rechtsbewußtsein eines Volkes festsetzen. RG. JW. 02 95.

Art. 3. Die Landesgesetzgebung kann auf Grund des Art. 3 das gesammte Reichsrecht in Anwendung auf die Sondermaterien jeden Augenblick unschädlich machen, so daß das Reichsrecht gegenüber dem künftigen Landesrecht thatsächlich nur subsidiär gilt, da auf dem Gebiete der Vorbehalte auch in den allgemeinsten Fragen Sonderlandesrecht durch die Landesgesetzgebung geschaffen werden kann. Zitelmann, Zum Grenzstreite zwischen Reichs- und Landesrecht 37 f.; Niedner 127; Planck, Anm. 1 zu Art. 3 (17).

Art. 4. Ueber den in diesem Artikel enthaltenen Begriff der Verweisung auf früher geltende Gesetzesbestimmungen führt Zitelmann, Zum Grenzstreit 37—46 aus: Der Begriff der Verweisung im Art. 4 ist streng zu umgrenzen. Verweisung ist Ausdruck des Gesetzesinhalts durch Bezugnahme auf einen inhaltlich nicht wiederholten Satz. Eine Verweisung liegt nicht vor, wenn das Gesetz den Inhalt einer fremden Vorschrift wiederholt, denn Wiederholung bildet gerade den Gegensatz gegen Verweisung.

Art. 4 bezieht sich nur auf die Fälle, in welchen der verweisende Satz dem Reichsprivatrecht oder einem Landesgesetze privatrechtlichen Inhalts angehört, er greift nicht Platz, wenn es sich um öffentliches Reichs- oder Landesrecht handelt. Da der verweisende Reichs- oder Landesrechtssatz vielfach schon seines aus der Verweisung sich ergebenden Inhalts halber außer Kraft gesetzt ist, und in solchen Fällen das BGB. von selbst als primäres Recht eintritt, kann Art. 4 überhaupt nicht Anwendung finden, wenn ein an sich gemäß EG. z. BGB. Art. 32 in Kraft gebliebener Reichsrechtssatz auf eine aufgehobene landesrechtliche Bestimmung verweist und wenn ein landesrechtlicher Satz behufs Regelung einer Vorbehaltsmaterie auf eine landesrechtliche Sondervorschrift einer nicht vorbehaltenen Materie verweist.

Artt. 7—31. Internationales Privatrecht.

Literatur: Zitelmann, Internationales Privatrecht. Leipzig, I. 1897, II. 1898, 1903. — Barazetti, Das IPR. im BGB. f. d. Deutsche Reich, Hannover 1897. — Keidel in Clunet, Journal de droit international privé 1898 467 ff., 1899 17 ff., 239 ff. — Niemeyer, Das IPR im BGB. Berlin 1901. — Niedner, Das Einführungsgesetz v. 18. Aug. 1896. Berlin 1901, S. 10—90. — Meili, Das internationale Civil- und Handelsrecht 2 Bde. Zürich 1902.

Allgemeine Fragen.

Niemeyer, Zur Methodik des IPR.. Leipzig 1894.

Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des IPR. Jena 1899.

von Bar, A.öffR. 00 1: Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts.

Zitta, A.öffR. 00 465: alte und neue Methoden des internationalen Privatrechts.

I. Name, Begriff und systematische Stellung des IPR.

1. Die in Artt. 7—31 EG. geregelte Materie, für welche der früher übliche Name „Statuten-Kollision" (s. Meili 60) in der modernen Literatur und Praxis durch den (von Samter, DJZ. 02 25 erfolglos angegriffenen — [s. dagegen Meili a. a. O. 11 und ferner Zitelmann, IPR. I 1] —) Ausdruck „Internationales Privatrecht" ersetzt ist (so auch die Ueberschrift der 1881 von Gebhard der ersten Kommission für das BGB. vorgelegten Begründung zu §§ 5—40 des Entwurfes des allgemeinen Theiles, desgl. die Protokolle der zweiten Kommission 9 ff., amtliche Ausgabe 1897 1 ff.), war von der ersten Kommission in Gestalt eines besonderen Gesetzentwurfes mit der Ueberschrift: „Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen" kodifikatorisch behandelt worden.

Im Entwurf der zweiten Kommission war die Materie im VI. Buche des BGB. unter der Ueberschrift „Anwendung ausländischer Gesetze" kodifizirt. Der Bundesrath beseitigte Buch VI und stellte dafür Artt. 6—30 in dem Entwurfe des Einführungsgesetzes ein, aus welchen im Reichstage die Artt. 7—31 wurden. (Niemeyer, IPR. des BGB. 1 ff.)

Allgemein werden Artt. 7—31 ff. heute als sedes materiae für die gesammte Lehre behandelt (Niemeyer a. a. O.; Barazetti, IPR. 1 ff.; Meili a. a. O. 27 und die Kommentare z. BGB. u. z. EG.; insbesondere: Niedner, Einführungsgesetz 10 ff.; Planck, Komm. VI 21 ff.; Neumann, Handausgabe (3) II 6 ff.; Scherer, EG. z. BGB. 14 ff.; Scherer, Das erste Jahr des BGB. 01 2 ff.; Scherer, Das zweite Jahr des BGB. 02 1 ff., Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen z. BGB., 1. Jahrg. 236).

In den systematischen Lehr- und Handbüchern wird die Materie meistens im Zusammenhange des „Allgemeinen Theiles" als Bestandtheil der Lehre vom objektiven Rechte behandelt. So bei Dernburg, BGB. (2) I 88 ff.; Enneccerus-Lehmann, (2) I 34 ff.; Matthiaß, Lehrbuch (3) I 57 ff.; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes I 128 ff.; Endemann, Lehrbuch (8) I §§ 20 ff. — Dazu bemerkt Cosack, Lehrbuch (4) I 44: „Die verbreitete Methode, das ganze internationale Privatrecht bereits an dieser Stelle, im allgemeinen Theile das System aufzurollen, ist unbedingt verwerflich." Cosack (ähnlich Enneccerus-Lehmann) behandelt nur die allgemeinen Fragen des IPR. im allgemeinen Theile und berücksichtigt die besonderen Fragen jedesmal bei den einzelnen Lehren (s. dagegen die Polemik bei Crome a. a. O. 141). Auch mehrere Kommentare (so Planck, Staudinger, Neumann) erörtern oder berühren die international-privatrechtlichen Fragen außer im Anschluß an Artt. 7—31 auch in Anknüpfung an die einzelnen Vorschriften des BGB., indem für jede größere Gruppe von Gesetzesvorschriften das Geltungsverhältniß zum ausländischen Rechte Erwähnung findet. Dementsprechend werden international-privatrechtliche Fragen auch in monographischen Erörterungen einzelner Rechtsinstitute sowie in den Kommentaren verschiedener Gesetze, z. B. des Personenstandsgesetzes (so z. B. Sartorius, Komm. z. Personenstandsgesetze 278 ff., 450 ff.), aber auch des HGB., der WO. u. s. w. erörtert. Als Sitz der Materie für die allgemeinen Fragen des IPR. wird aber durchweg der allgemeine Theil des bürgerlichen Rechtes und für das heutige Reichsrecht das EG. mit Artt. 7—31 behandelt.

Dieser Auffassung entspricht es, wenn im Folgenden nicht nur das Material für die in Artt. 7—31 geregelten Fragen, sondern auch der Stoff berücksichtigt wurde, welcher sich bezieht auf

a) die grundlegenden Fragen des IPR.,

b) die nicht in Artt. 7—31 geregelten zivilrechtlichen Verhältnisse.

Die im Folgenden beobachtete Beschränkung auf die deutsche Literatur ist nicht durch die Natur der Sache, sondern durch die besondere Aufgabe dieses Berichts geboten.

2. Die Begriffsbestimmung des IPR. wird allgemein so getroffen, daß lediglich die geregelte Beziehung, nicht die Art der Regelung in Betracht genommen wird. So z. B. Zitelmann a. a. O. 1: Man versteht unter IPR. „die Rechtssätze, die bestimmen, welches der verschiedenen örtlich neben einander bestehenden objektiven Privatrechte im einzelnen Privatrechtsfall anzuwenden sei". Zitelmann a. a. O. 82, Niemeyer a. a. O. 11 ff. u. A. (s. auch Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des IPR. 30) betonen, daß die Rechtsordnungen theils einen örtlichen, theils aber auch einen persönlichen Anwendungsbereich beanspruchen, und daß daher das IPR. den Inbegriff der Rechtssätze darstellt, welche den Anwendungsbereich der Rechtssätze in territorialer und in personaler Beziehung bestimmen. Uebereinstimmend: Enneccerus, Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags IV 78 ff.

Jener Begriffsbestimmung des IPR. wird in der Literatur nach folgenden Richtungen theils Konsequenz theils Ausdehnung theils Beschränkung gegeben:

A. Auch die Rechtssätze, welche den Anwendungsbereich verschiedener Rechtssysteme innerhalb desselben Staates regeln („interlokales", „provinziales" IPR.) sind IPR. (Zitelmann a. a. O. 2).

B. Zum IPR. werden allgemein auch diejenigen „innerstaatlichen" Normen, welche, wie z. B. Artt. 14, 18, 19, 20, 22, sich darauf beschränken, lediglich einseitig den Anwendungsbereich der Rechtssätze einer einzelnen Rechtsordnung zu bestimmen, ohne vorzuschreiben, welche Rechtsordnung in den Fällen Anwendung finden soll, in welchen die einheimische Rechtsordnung nicht angewendet sein will, gerechnet. Niemeyer a. a. O. 13 nennt sie „Einseitige" Kollisionsnormen, Zitelmann a. a. O. 214 bezeichnet sie als „individuelle" Kollisionsnormen. (S. unten S. 328.)

C. Zitelmann a. a. O. 250 ff. führt aus, daß zum IPR. nur diejenigen Bestimmungen gehören, „welche eine Herrschaftsabgrenzung gegenüber der Anwendbarkeit fremdstaatlicher Gesetze sein wollen", nicht auch diejenigen an internationale Verhältnisse allerdings anknüpfenden Vorschriften, welche eine Herrschaftsabgrenzung, kraft deren das einheimische Recht an sich maßgebend ist, bereits voraussetzen, ihrer Natur nach aber lediglich innerstaatliches materielles Recht enthalten. Als Rechtssätze der letzteren Art, die also begrifflich nicht zum IPR. zu rechnen seien, hebt Z. hervor:

a) Die „materiellen Theilrechtssätze" (251 ff.). (Beispiel: „Ausländer können im Inlande kein Grundeigenthum erwerben", ein Satz, welcher auf dem Vordersatze beruht: „Für den Erwerb von Grundeigenthum im Inland ist das inländische Recht maßgebend.")

b) Die „materiellen Verweisungssätze" (257 ff.). (Beispiel: Art. 7 Abs. 2 EG. z. BGB., welcher die international-privatrechtliche Norm des Abs. 1, wonach das Heimathrecht für die Geschäftsfähigkeit maßgebend ist, voraussetzt und nur den Inhalt des deutschen Rechtes speziell für früher ausländisch gewesene Deutsche bestimmt, somit nur als eine Ergänzung zu § 2 BGB. über den Eintritt der Volljährigkeit aufzufassen sei.)

c) Die „materiell-rechtlichen Dispositivsätze" (270 ff.), d. h. die Vorschriften, welche bestimmen, inwiefern durch rechtsgeschäftliche Bezugnahme auf eine bestimmte Rechtsordnung ein konkretes Rechtsverhältniß geordnet werden kann. (Beispiel: § 1433 BGB., welcher die Vorschrift des Art. 15 EG. voraussetzt und nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn für das eheliche Güterrecht gemäß Art. 15 EG. im gegebenen Falle das deutsche Recht maßgebend ist.)

Die Frage der Unterscheidung dieser in Wahrheit lediglich materiell-rechtlichen und der wahrhaft international-privatrechtlichen Normen wird von Zitelmann a. a. O. 251—281 im Zusammenhange des IPR. selbst erörtert. Die Unterscheidung hat auch andere Autoren nicht gehindert, jene pseudo-international-privatrechtlichen Normen in die Darstellung des IPR. einzubeziehen. So z. B. Niedner a. a. O. 24 Note 5 b.

3. Begrifflich gehören nicht zum IPR. die auf internationalen Verträgen beruhenden Rechtssätze, welche übereinstimmendes materielles Recht für verschiedene Rechtsgebiete, „völkerrechtliche Privatrechtsgemeinschaft" (Niemeyer a. a. O. 214) schaffen, wie z. B. Artt. 8—13, 15—18, 20, 21, 26—52, 54 des internationalen (Berner) Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Oktober 1890. Gleichwohl werden auch diese Normen in der Literatur des IPR. berücksichtigt. Niemeyer a. a. O. sagt darüber: „daß die hier bewirkte Herstellung völkerrechtlicher Privatrechtsgemeinschaft die befriedigendste Erledigung der Kollisionsprobleme ist, liegt auf der Hand. Aber auch insofern gehören jene Normen hierher, als sie den Anwendungsbereich der innerstaatlichen Privatrechtsnormen einschränken und ausnahmsweise für die normirten Thatbestände besondere Vorschriften aufstellen". — In einem anderen Sinne (terminologisch) verficht Kippold, Der völkerrechtliche Vertrag 269, die Zugehörigkeit der staatsvertraglich begründeten Privatrechtssätze zum IPR. — S. dagegen Kahn, Iherings Jahrb. 40 6.

4. Unstreitig können die Grundsätze des IPR. inhaltlich bestimmt werden einerseits durch völkerrechtliche (insbesondere staatsvertragliche), andererseits durch staatliche Normen (Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, (2) I 34, Enneccerus, Verhandlungen a. a. O. 78). Zitelmann hat dafür die Ausdrücke „überstaatliches" und „innerstaatliches" IPR. eingeführt. —

In der Literatur wird nun darüber gestritten, wie das Verhältniß der überstaatlichen und der innerstaatlichen Kollisionsnormen zu denken sei. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. I 48 sagt: „Das IPR. ist wissenschaftlich nicht als ein Theil des internen Rechtes der einzelnen Staaten zu betrachten". Planck, Kommentar VI 23 dagegen: „Das IPR. ist innerstaatliches Recht des einzelnen Staates, d. h. jeder Staat hat die rechtliche Macht, zu bestimmen, ob ein Verhältniß nach seinem eigenen Rechte oder nach dem Rechte eines anderen Staates beurtheilt werden soll. Der Staat kann möglicher Weise durch Staatsverträge oder durch völkerrechtliche Grundsätze verpflichtet sein, jene Bestimmungen in einer bestimmten Art zu treffen: aber diese Verpflichtung berührt nur sein Verhältniß zu anderen Staaten, nicht die Verbindlichkeit der von ihm im Wege der Gesetzgebung getroffenen Bestimmungen." Meili a. a. O. 53: „Das IPR. gehört nicht dem Völkerrecht an", 52: „Das IPR. gehört dem Privatrecht an". Ullmann, Völkerrecht 9: „Die dieser Lehre angehörenden Rechtssätze weisen allerdings eine Beziehung zum Völkerrecht auf, sie sind aber ihrer Natur nach nicht selbst völkerrechtliche Rechtssätze". Gareis, Institutionen des Völkerrechts 195: „Die Grundsätze des IPR. sind nicht Grundsätze des Völkerrechts, soweit sie nicht Verpflichtungen der Staaten zum Gegenstande

haben". „Staatliche Verpflichtungen aber bestehen nicht nur zum Zwecke der allgemeinen Anerkennung der Privatrechtssphären überhaupt, sondern auch in zahlreichen speziellen Richtungen des Privatrechts, meistens auf Grund völkerrechtlicher Verträge". Aehnlich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht 25 (s. insbesondere 443), der besonders geltend macht, daß der Richter das für den Staat geltende Recht ebenso zu kennen und anzuwenden habe, wie das in dem Staate geltende Recht. Dagegen Leonhard, Der allgemeine Theil des BGB. 23: „Das Völkerrecht bindet nur die Staatsgewalt, nicht unmittelbar die untergebenen Richter und die Rechtsgenossen". — Ebenso Zitelmann a. a. O. 73, Endemann a. a. O. 85 Anm. 12.

Ueber die in deutschen Staatsverträgen enthaltenen international-privatrechtlichen Normen s. unten Nr. VI sowie Niemeyer, Das in Deutschland geltende IPR. 29 ff., 69 ff., Niemeyer, Das IPR. des BGB. 186 ff., Neumann, Handausg. III 7 ff.

5. Ob gewohnheitsrechtliche, völkerrechtliche Kollisionsnormen bestehen, ist bestritten. Zitelmann a. a. O. 72: „Es giebt auf diesem Gebiet überhaupt noch keine Sätze, die als völkerrechtlich verbindlich allgemein anerkannt wären." Aber Z. vindizirt dem Prinzip (72) des IPR., als welches er die privatrechtliche Herrschaftsabgrenzung der Staaten bezeichnet, „vollen Anspruch, als schon geltendes Völkerrecht behandelt zu werden" (72) und ferner sagt er: „Das Prinzip nebst allen seinen Folgerungen ist Völkerrecht. Dieses völkerrechtliche IPR. hat den Richter kraft des vermuthlichen Willens seines Staates als positives innerstaatliches Recht anzuwenden." Vgl. auch Zitelmann a. a. O. 196 ff., 202 ff. Dazu Planck a. a. O. 23: „So interessant die Ausführungen von Zitelmann sind und so wünschenswerth es wäre, daß das Völkerrecht genügende Anhaltspunkte für das IPR. gewährte, so dürfte es doch recht zweifelhaft sein, ob das bestehende Völkerrecht dieser Anforderung entspricht. Einzelne Grundsätze lassen sich vielleicht daraus ableiten; schwerlich aber dürften alle von Z. aufgestellten Grundsätze als bestehendes Völkerrecht allgemeine Anerkennung finden." Crome a. a. O. 130. Sie (die überstaatlichen Sätze) werden sich darum nicht weniger allgemein Bahn brechen, weil sie zur Zeit wenigstens ein wahres Völkerrecht noch nicht sind. Niemeyer: Das IPR. des BGB. 50: „Ich bin der Meinung, daß es gegenwärtig im Sinne positiver Geltung kein anderes völkerrechtliches IPR. giebt, als die in Staatsverträgen niedergelegten Normen. Auch die Annahme eines subsidiären überstaatlichen IPR. halte ich für eine Fiktion. . . . Sollte die Rechtsprechung sich der Zitelmannschen Formel bedienen, so würde ich darin ein glückliches Anzeichen dafür erblicken, daß das Internationalitätsprinzip sich praktisch durchsetzt. In diesem Sinne ist die in starker Ueberzeugung von der Natur der Sache geprägte Formel willkommen zu heißen und es wäre kein Schade, wenn die Formel in der Judikatur dieselbe Kraft gewönne, wie früherhin die Savignysche Formel." Endemann a. a. O. 85: „Daß das IPR. Völkerrecht sei, lehrt neuestens in scharfsinniger Durchführung Zitelmann I 71 ff. Vgl. auch Meili a. a. O. 54. — Dagegen Zitelmann, Jherings J. 42 194: „Ich habe wirklich keinen berechtigten Zweifel darüber gelassen, daß nach meiner Meinung das IPR., an das der Richter gebunden ist, ausschließlich positives Recht seines Staates ist." von Bar, Holtzendorffs Enzyklopädie (6.) II 12 endlich äußert sich: „Für jeden Staat ist eine gewisse Rücksichtnahme auf ausländisches Recht unbedingte Rechtspflicht schon nach völkerrechtlichen Grundsätzen. Und diese jetzt wohl von fast allen namhaften Schriftstellern anerkannte Rechtspflicht ergiebt sich auch aus einer vernünftigen Betrachtung des Rechtes selbst, dem der jedesmal urtheilende Richter untersteht." Vgl. auch Kaufmann, Rechtskraft des internationalen Rechtes.

6. Die neuerdings aufgeworfene Frage, ob die — innerstaatlichen — Vorschriften des JPR. dem Privatrecht angehören oder öffentliches Recht sind, wird von Zitelmann a. a. O. 128 ff., Niedner a. a. O. 295 (s. auch R. **00** 250 ff.), Crome a. a. O. 131 (vgl. auch Nippold a. a. O. 266 und über ihn Kahn in Iherings J. **40** 52 Anm 2) im letzteren Sinne beantwortet, während die Privatrechtsnatur, entsprechend der herrschenden Auffassung vertheidigt wird von Kahn, Iherings J. **40** 52, **43** 331, Planck 24, Meili 52.

Der letzteren Anschauung entspricht auch die Formulirung Niemeyers, Vorschläge und Materialien 32: „Die aufzuwerfenden international-privatrechtlichen Fragen sind jeder einzelnen legislatorischen Frage immanent. Jedem — privatrechtlichen — Rechtssatze fehlt ein wesentliches Glied, ein fundamentaler Theil, so lange für ihn die international-privatrechtliche Frage nicht gelöst ist." Auch von Bar a. a. O. 12 stimmt damit insofern überein, als er sagt: „. . . daß verkehrte Anwendung wie verkehrte Nichtanwendung des im Staate geltenden JPR. der Verletzung einer anderen privatrechtlichen Rechtsnorm gleichsteht."

Die Frage ist von besonderer praktischer Bedeutung für das deutsche Recht:

A. Wie Kahn, Iherings J. **43** 331 und Planck 24 hervorheben, würde das Deutsche Reich zufolge der Reichsverfassung gar nicht befugt gewesen sein, seine Gesetzgebung auf das JPR. zu erstrecken, wenn das JPR. öffentliches Recht wäre, wozu Planck a. a. O. bemerkt: „Die reichsrechtliche Regelung würde zwar trotzdem unter Zustimmung aller Faktoren der Reichsgesetzgebung zulässig sein; in den Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren findet sich aber keine Andeutung, daß eine Ueberschreitung der verfassungsmäßigen Zuständigkeit beabsichtigt worden ist. Auch die erste Kommission ging, wie sich aus P. I 11478 ergiebt, davon aus, daß die fraglichen Vorschriften dem Privatrecht angehören."

B. Gemäß Art. 55 EG. sind, wie bei Planck a. a. O. 24 festgestellt wird, die bisher in Deutschland geltenden international-privatrechtlichen Bestimmungen (zusammengestellt bei Niemeyer, Das in Deutschland geltende JPR. 1894) in Geltung geblieben, soweit sie nicht mit Artt. 7 ff. EG. in Widerspruch stehen, und ist die Landesgesetzgebung befugt, in Ergänzung dieser Bestimmungen neue Vorschriften über die Statutenkollision zu erlassen, wenn das JPR. öffentliches Recht ist, während nach der entgegengesetzten Auffassung das EG. die landesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiete des JPR. grundsätzlich ausgelöscht hat (vgl. dazu unten S. 340).

C. Nach einer besonders von Niedner (R. **00** 252, Komm. z. EG. 295) vertretenen Auffassung würde aus der öffentlich-rechtlichen Natur der Normen des JPR. folgen, daß diese Normen die bestehenden Rechtsverhältnisse mit rückwirkender Kraft ergreifen. Die Folgerung wird aber bekämpft von Zitelmann, Iherings J. **42** 198 ff., besonders 202 u. Kahn a. a. O. **43** 331, und hat auch sonst keine Zustimmung gefunden. S. unten S. 339.

II. Terminologisches.

1. Anknüpfungsmomente.

Kahn, Iherings J. **30** 55: „Die Normen über JPR. knüpfen die örtliche Herrschaft eines Gesetzes an örtliche Beziehungen einzelner Elemente eines Rechtsverhältnisses. Solche Elemente sind: Staatsangehörigkeit, Domizil einer Person, . . . Begehungsort eines Delikts. Diese Anknüpfungspunkte sind aber Rechtsbegriffe, . . . nennen wir sie . . . Anknüpfungsbegriffe.

Niemeyer, Vorschläge und Materialien 102: „Die Aufgabe des Gesetzgebers gegenüber dem JPR. besteht darin, die lokalen und personalen Thatbestandsmomente zu bestimmen, durch deren Vorhandensein der An-

wendungsbereich der einheimischen Rechtssätze in internationaler Hinsicht bedingt sein soll, und eventuell desjenigen ausländischen Rechtes, welches in die Lücke treten soll. Jene Thatbestandsmomente sollen hier als Anknüpfungsmomente bezeichnet werden". „Anknüpfungsmomente" und nicht „Anknüpfungsbegriffe" ist gewählt mit Rücksicht auf die von Kahn eingeführte Terminologie, wonach der letztere Ausdruck weiter reicht und z. B. den Begriff „Immobiliarqualität" umfaßt."

Zitelmann a. a. O. 206 schlägt vor, anstatt dessen zu sagen: „staatliche Beziehung des Falles", fügt aber hinzu: „Neuerdings sind die Beziehungen, an deren Vorhandensein die Anwendbarkeit der bestimmten Rechtsordnung geknüpft ist, „Anknüpfungsmomente" genannt worden. . . Man kann den Ausdruck im IPR. verwenden, muß aber immer hinzudenken: „international-privatrechtlich wichtige Anknüpfungsmomente".

In der jüngsten Literatur werden die Ausdrücke „Anknüpfungsmomente", „Anknüpfungsbegriffe", „Anknüpfungspunkte" abwechselnd und gleichbedeutend gebraucht. S. Marcusen, Böhms Z. **11** 41 ff., Kahn ebenda **12** 201 ff., Barazetti ebenda **12** 279 ff., Niedner a. a. O. 19, Meili a. a. O. 141, Bar a. a. O. 17. — Ueberwiegend ist der Sprachgebrauch: „Anknüpfungsmomente".

2. Personalstatut. Realstatut.

Die alte Eintheilung der „statuta" (statuta personalia, realia, mixta), welche die einzelnen Privatrechtssätze danach gruppirt, ob sich ihr Anwendungsbereich durch den Wohnsitz einer Person oder durch die Lage einer Sache oder anders gestaltet, ist allgemein aufgegeben.

Die an jene Terminologie anklingenden, aber sachlich ganz anders zu verstehenden (s. Zitelmann a. a. O. 380 ff.) Ausdrücke Personalstatut und Realstatut (oder lex rei sitae) werden aber in der modernen Literatur des IPR. nach wie vor angewendet, und zwar im Allgemeinen in dem Sinne, daß **Personalstatut** diejenige Rechtsordnung bezeichnet, welche in Anknüpfung an Domizil, Staatsangehörigkeit oder Aufenthalt einer Person für gewisse diese Person angehende Rechtsfragen als maßgebend erklärt wird, **Realstatut** diejenige Rechtsordnung, welche in Anknüpfung an die örtliche Lage einer Sache für maßgebend erklärt wird. Niemeyer, Das IPR. des BGB. 35, 57 ff., 128, 166, 54, 86 ff., 191, 196, 197, Niedner, Kommentar 21 ff., Endemann (8.) 95 ff., Gierke, Deutsches Privatrecht I 220.

Während hiernach der Begriff des Realstatuts in sich feststeht, bleibt bezüglich des Personalstatuts die Frage offen, ob im gegebenen Falle das Wohnsitzrecht (lex domicilii), das Heimathrecht (Recht der Staatsangehörigkeit, lex originis) oder das durch den Aufenthalt einer Person gegebene Recht als Personalstatut gilt. Vgl. darüber insbesondere Niemeyer, Vorschläge und Materialien 112 ff., der die Terminologie „Wohnsitzrecht" und „Heimathrecht" anwendet.

3. Zitelmanns Terminologie I.

Zitelmann (a. a. O. 141, 380 ff.) gebraucht die Ausdrücke: a) Personalstatut (125, 126), b) Sachstatut (lex rei sitae), stellt aber noch daneben: c) Handlungs- oder Deliktsstatut (126) (lex loci delicti commissi) und d) Gebietsstatut (136), worunter er das Recht desjenigen Staates versteht, „für dessen Gebiet das Recht auf einen Handlungsinhalt in Anspruch genommen wird, der sich nicht auf eine einzelne Person oder körperliche Sache als Mittelpunkt bezieht" (z. B. Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte).

Z. faßt (141) die letzteren 3 Statuten unter dem Namen Gebietsstatut i. w. S. zusammen, so daß daneben (d) Gebietsstatut i. e. S. steht.

Die Darlegung, daß die hiernach an der Spitze stehende Zweitheilung: Personalstatut und Gebietsstatut erschöpfend ist, weil die im IPR. abzugrenzenden staatlichen Herrschaftsbereiche theils Personalhoheit und theils Gebietshoheit, immer aber eines von beiden sind, bildet einen wesentlichen Theil der Z.'schen Untersuchung.

Z. nennt übrigens generell das jeweils — sei es als Personal-, sei es als Gebietsstatut — maßgebende Recht „Wirkungsstatut" und nennt ferner z. B. Obligationsstatut (145) die für obligatorische Rechtswirkungen maßgebende Rechtsordnung, „Erbstatut" das für die erbrechtlichen Wirkungen maßgebende Recht.

4. Die Kollisionsnormen und ihre Arten.

a) Der Ausdruck „Kollisionsnormen" bezeichnet „die Rechtssätze, welche den Anwendungsbereich der Rechtssätze in internationaler Hinsicht oder, altmodisch gesprochen, die Statuten-Kollision regeln" (s. Niemeyer, Das IPR. im Entwurf eines BGB. 7). Der Ausdruck ist eingeführt durch Niemeyer (Positives IPR. 2, Methodik 9), akzeptiert von Kahn, Zitelmann (74 ff.), Meili, Niedner, Dernburg, Endemann, Crome, Neumann, Gruchots Beitr. 46 67 ff., auch in der Judikatur: Urtheil des RG. vom 10. 5. 1901 in Böhms Z. 11 257 ff. — Matthiaß, Lehrb., sagt „Kollisionsvorschriften", Zitelmann und Niedner sagen auch gelegentlich „Anwendungsnormen".

b) „Vollkommene" und „einseitige" Kollisionsnormen.

Nach der von Niemeyer (IPR. des BGB. 10 ff.) vorgeschlagenen Terminologie werden die innerstaatlichen Kollisionsnormen unterschieden (die überstaatlichen gehören stets unter α.) in:

α. „Vollkommene Kollisionsnormen", d. h. diejenigen K., welche nicht nur den Anwendungsbereich des inländischen Rechtes bestimmen, sondern auch das ausländische Recht bezeichnen, welches auf diejenigen Thatbestände Anwendung finden soll, für welche das inländische Recht nicht maßgebend sein will, und zwar in der Form, daß ein und dasselbe Anknüpfungsmoment (Staatsangehörigkeit 2c.) für die international-privatrechtliche Regelung der Rechtsfragen einer bestimmten Art (Geschäftsfähigkeit 2c.) zu Grunde gelegt wird. Aus Artt. 7 ff. EG. gehören hierher Art. 7 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1 u. 2, Art. 21 (abgesehen vom Schlußsatze).

Zitelmann a. a. O. 214 nennt diese Vorschriften „generelle Kollisionsnormen".

β. „Einseitige Kollisionsnormen" sind die Vorschriften, welche nur den Anwendungsbereich des einheimischen Rechtes bestimmen. Aus Artt. 7 ff. EG. gehören hierher Artt. 14, 18, 19, 20, 22 Abs. 2.

Zitelmann a. a. O. rechnet diese Vorschriften zu den „individuellen Kollisionsnormen", zu welchen außerdem auch diejenigen gehören sollen, welche den Anwendungsbereich nur einer einzigen ausländischen Rechtsordnung bestimmen.

γ. „Unvollständig zweiseitige Kollisionsnormen", d. h. (nach Niedner, vgl. Niemeyer a. a. O. 17 Anm.) diejenigen, welche zwar nicht lediglich den Anwendungsbereich der einheimischen Rechtssätze bestimmen, aber doch das außerhalb des Anwendungsbereichs des einheimischen Rechtes anzuwendende Auslandsrecht nicht für alle in Betracht kommenden Fälle, sondern nur für bestimmte Sachlagen, insbesondere nur für den Fall bestimmen, daß eine gewisse Beziehung zum Inlande vorliegt. — Aus Artt. 7 ff. EG. gehören hierher: Art. 13 Abs. 1, Artt. 15, 24—25.

Nach Zitelmann a. a. O. 226 ff. können diese Vorschriften auch als „generelle Kollisionsnormen mit Falleinschränkung" bezeichnet werden.

III. Grundsätzliche Fragen für die Behandlung des IPR. des BGB.

I. Die Lückenausfüllung bei den einseitigen und unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen des EG. („Partielle Lücken"):

In der Erörterung dieser Fragen spielt eine wesentliche Rolle der Umstand, daß im VI. Buche des II. Entwurfes des BGB. an Stelle der einseitigen und der unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen vollkommene Kollisionsnormen standen und daß die Motive nicht bekannt sind, welche den Bundesrath zu dieser vom Reichstag schlechtweg und ohne Begründung akzeptirten Aenderung bestimmt haben.

Es wird allseitig geltend gemacht, daß versucht werden muß, das Prinzip festzustellen, welches etwa dem Verfahren des EG. zu Grunde liegt und daß sich hierbei aus dem bezeichneten, der Vorgeschichte des EG. angehörenden Umstand insofern eine Schwierigkeit ergiebt, als die nächstliegende Lösung, nämlich die **Lückenfüllung im Wege des Analogieschlusses nach dem Prinzipe des Heimathrechts** das Bedenken zu überwinden hätte, daß dies nichts Anderes hieße, als den Entwurf wieder herstellen, so daß also die dem II. Entwurfe gegenüber vom Bundesrath vorgenommene Aenderung wirkungslos wäre.

Hinsichtlich des Ergebnisses jenes Versuches gehen die Meinungen auseinander. Es sind in der Literatur folgende vier Standpunkte (A, B, C, D) vertreten:

A. Niemeyer, IPR. des BGB. 35 ff. führt aus: jenes Bedenken werde dadurch niedergeschlagen, daß es schlechterdings unmöglich sei, ein Prinzip in der Aenderung zu finden. Dieses Ergebniß werde dadurch unterstützt, daß trotz Geheimhaltung der Vorgänge, welche die Aenderung bewirkt haben, doch soviel feststehe, daß diplomatische Bedenken den Anstoß gegeben und zu einem Kompromisse geführt hätten:

„Weder der Inhalt des Gesetzes noch seine Vorgeschichte führt zu einem anderen Ergebniß als zu der resignirten Feststellung, daß hier unerklärte Lücken vorliegen, deren Ausfüllung lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation geschehen kann und muß." (33).

Niemeyer führt weiter aus:

„Theorie und Praxis der Gesetzesinterpretation stimmen in dem Grundsatz überein, daß Rechtsfolgen, welche das Gesetz an bestimmte Thatbestände geknüpft hat, analog auch auf solche nicht unmittelbar geregelte Thatbestände anzuwenden sind, welche die für die ratio legis entscheidenden gleichen Merkmale aufweisen.

Der Kern des Problems bei der Anwendung der Analogie ist hiernach die Frage, ob die rechtspolitischen Gesichtspunkte, welche den Rechtssätzen zu Grunde liegen, deren analoge Anwendung in Rede steht, auch für den fraglichen nicht geregelten Thatbestand zutreffen und ob demgemäß für diese die Statuirung der gleichen rechtlichen Folgen angemessen ist. Denn auf diese Frage läuft es hinaus, wenn man die für die ratio legis entscheidenden Thatbestandsmerkmale aufsucht. Die auf den „Willen des Gesetzgebers" abgestellte Begründung der Analogie ist nicht geeignet, die Aufgabe zu erleichtern oder zu klären. Die Berufung auf den „wirklichen", wie diejenige auf den „eigentlichen" Willen des Gesetzgebers ist nur eine Verkleidung. Doch bleibt immerhin als zutreffender Kern dieser Formel das Prinzip zu beachten, daß die Rechtsanwendung auch in der Statuirung rechtspolitischer Gesichtspunkte durch die Anordnungen des Gesetzgebers insoweit gebunden ist, als derartige Gesichtspunkte in der Gesetzgebung

wenn auch nur in einzelner Anwendung objektiv zum Ausdrucke gekommen sind, wobei nicht nur die Worte, auch nicht nur der aus dem Ganzen des Gesetzes selbst sich ergebende Sinn, sondern der gesammte geistige Zusammenhang, aus welchem das Gesetz hervorgegangen ist, als objektive Momente in Betracht kommen. Diese Bindung an die rechtspolitischen Grundsätze des Gesetzes beruht auf dem immanenten Prinzipe der Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege. Gegen diesen obersten Grundsatz aller Rechtsordnung würden die Rechtspflegeorgane verstoßen, nicht nur wenn sie den tenor legis, sondern auch wenn sie die erkennbare ratio legis unbefolgt lassen wollten. Die Ablehnung der Analogie bedeutet Ablehnung der ratio legis selbst und insofern Auflehnung gegen die geltende Rechtsordnung. Sie trägt eine Zwiespältigkeit in die Rechtspflege, welche der Aufgabe der Rechtsordnung widerspricht.

Es handelt sich hiernach einmal darum, die ratio legis der in Frage stehenden Kollisionsnormen festzustellen und sodann um die Untersuchung, ob diese ratio legis auf die Lückenthatbestände zutrifft oder nicht. Ist diese Frage zu verneinen, so ist die Analogie abzulehnen, im Bejahungsfall ist sie geboten.

Erinnern wir uns, daß in sämmtlichen Vorschriften, die hier in Betracht kommen, es sich um das Personalstatut handelt und daß überall das Recht der Staatsangehörigkeit für maßgebend erklärt ist. Dabei beschränkt sich in den einseitigen Kollisionsnormen das Gesetz darauf, die Maßgeblichkeit des durch die deutsche Staatsangehörigkeit gegebenen Heimathrechts vorzuschreiben. In den unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen wird, soweit die Regelung reicht, auch die Maßgeblichkeit des Heimathrechts für Ausländer angeordnet. Diese Sachlage erfährt eine verschärfte Beleuchtung durch den Umstand, daß in den vollkommenen Kollisionsnormen der Artikel 7, 17, 21 das Heimathrecht als solches ganz allgemein für Ausländer wie für Deutsche als maßgeblich erklärt ist.

Ich wüßte nicht, wann und wo in der Gesetzgebung ein rechtspolitisches Prinzip mit zweifelloserer Konkludenz zum Ausdrucke gekommen wäre, wie hier das Prinzip des Heimathrechts. Oder will man im Ernste behaupten, da das Einführungsgesetz sich theilweise darauf beschränke, den Anwendungsbereich des deutschen Rechtes zu bestimmen, so seien die Bestimmungen, wonach das deutsche Recht als Heimathrecht zur Anwendung zu bringen ist, nicht als Ausflüsse des Prinzips des Heimathrechts aufzufassen, sondern als Ausflüsse des Bestrebens, das deutsche Recht in möglichst ausgedehnter Weise zur Anwendung zu bringen? — Weder der erste noch der zweite Theil des Gedankens wäre zutreffend. Denn in wesentlichen Beziehungen (Artt. 7, 17, 21 — Artt. 13, 15, 24, 25) bestimmt eben das Gesetz auch für Ausländer die Anwendbarkeit des Heimathrechts. Und selbst dann, wenn es richtig wäre, daß die Maßgeblichkeit des deutschen Rechtes für im Auslande lebende Deutsche in Folge des Bestrebens angeordnet wäre, dem deutschen Rechte einen möglichst großen Anwendungsbereich zu geben, bleibt es doch wahr, daß als Maßstab für diese Ausdehnung eben die Staatsangehörigkeit gewählt ist. Das gesetzgeberische Motiv dieser Wahl läßt sich aus dem historischen Zusammenhange des Gesetzes mit vollkommener Sicherheit feststellen. Es ist zweifellos, daß die Bestimmungen in innerer Abhängigkeit von der Entwickelung stehen, welche Theorie und Praxis des „Personalstatuts" genommen hat. Für das Prinzip des Personalstatuts ist die Erwägung entscheidend, daß es angemessen ist, in einer Reihe von Rechtsfragen diejenige Rechtsordnung maßgeblich sein zu lassen, mit welcher eine Persönlichkeit dauernd verknüpft ist. Gegenüber der in Gesetzgebung und Rechtsprechung verschieden beantworteten Frage, ob als Kennzeichen und Grundlage der dauernden Verknüpfung der Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit den Vorzug verdient, hat das Gesetz sich zu Gunsten der Staatsangehörigkeit entschieden. Alle die Gründe,

welche in der umfassenden Literatur über das Problem des Personalstatuts zu Gunsten des Heimathrechts geltend gemacht sind, bilden „Materialien" für diese Entscheidung. Nur eine vorurtheilsvolle und gekünstelte Betrachtungsweise kann diesen Zusammenhang verkennen. Ja, offenbar ist das Prinzip des Heimathrechts geradezu der Grundgedanke der ganzen Regelung des internationalen Privatrechts in unserem Einführungsgesetze. Die ratio legis unserer Kollisionsnormen steht danach außer Zweifel.

Es bleibt nur zu prüfen, ob diese ratio legis auch für die in Rede stehenden, im Gesetze von der Regelung ausgeschlossenen Thatbestände zutrifft, das heißt, ob diese Thatbestände die gemäß der ratio legis wesentlichen Merkmale aufweisen.

Die Bejahung dieser Frage ergiebt sich für jede einzelne der in Rede stehenden Bestimmungen mit Evidenz.

Am handgreiflichsten bereit liegt die Antwort für die unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen. Zum Beispiel:

Art. 13 bestimmt Maßgeblichkeit des Heimathrechts hinsichtlich der Eheschließung nicht nur für Inländer, sondern auch für Ausländer, und zwar nicht nur bei Eheschließung im Inlande, sondern auch im Auslande. Also weder die Inländereigenschaft, noch der Ort der Eheschließung ist das für die ratio legis entscheidende Merkmal. Vielmehr wird für die Eheschließung als solche die Zugrundelegung des Heimathrechts der Nupturienten — kumulativ — als angemessen erachtet. Die Gründe, welche hierfür und hiergegen sprechen, sind offenbar dieselben, sei es daß zwei französische Staatsangehörige in England die Ehe schließen, sei es daß dies in Deutschland geschieht; die Gründe für und wider sind dieselben, sei es daß ein Franzose in Spanien eine Französin heirathet, sei es, daß er dort eine Deutsche heirathet. Es sei ferner auch hier darauf hingewiesen, daß das Gesetz sein Prinzip zur Geltung bringt mit Zulassung von Konflikten, welche sich in Folge von abweichenden Kollisionsnormen des Auslandes, sei es solcher des Heimathrechts der betheiligten Ausländer, sei es des ausländischen Ortsrechts der Eheschließung, ganz offensichtlich ergeben. Die Zahl solcher Konflikte ist eingeschränkt durch Art. 27. Aber da dieser Artikel nur der Rückverweisung, nicht der Weiterverweisung Beachtung gewährt, so bleibt es wahr, daß unser Gesetz sein Prinzip zur Geltung bringt in theilweise offenem Widerspruche zu abweichenden Prinzipien der ausländischen Gesetzgebung. Das ist ein starker Ausdruck der Ueberzeugung von der legislatorischen Richtigkeit des Staatsangehörigkeitsprinzips. Denn, wie gesagt, exklusiv nationalistische Erwägungen spielen in der Frage, ob das Personalstatut durch Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit bestimmt sein soll, keine Rolle. Wenn das Gesetz Ausländern die Maßgeblichkeit ihres Heimathrechts in gewissen Fällen oktroyirt, ohne daß dieses selbst angewendet sein will, so folgt daraus, daß das Gesetz das Prinzip der Staatsangehörigkeit universell für richtig und seine möglichst allgemeine Anwendung internationalistisch für wünschenswerth hält.

Für die einseitigen Kollisionsnormen ergiebt sich im Wesentlichen dieselbe Argumentation. Dabei ist zu beachten, daß jeder einzelne der in Betracht kommenden Artikel (14, 18, 19, 20, 22) das Staatsangehörigkeitsprinzip auch auf Fälle anwendet, in denen in Folge nachträglicher Veränderung des Indigenats Ausländer betheiligt sind. Insofern kann man sagen, daß auch diese Vorschriften in die Sphäre des Auslandsrechts durch eine Art der Regelung eingreifen, welche die rechtspolitischen Erwägungen des deutschen Gesetzes auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts dem Ausland oktroyirt, wie dies der Gesetzgeber stets thut, wenn er Probleme des internationalen Privatrechts seinerseits positiv regelt.

Niemeyers Standpunkt wird im Wesentlichen getheilt von Barazetti a. a. O. (71, 74, 84, 86, 98), Silberschmidt, Böhms Z. 8 398, Crome a. a. O. 152 Anm. 61, 153 Anm. 72, 156 Anm. 83—85, 157 Anm. 91, 158 Anm. 97, Matthiaß, Lehrb. § 16, Endemann a. a. O. 94 ff. Er wird von Neumann, Handausg. 8 als herrschende Ansicht bezeichnet. Das preußische Kammergericht, Beschluß v. 2. Febr. 1901, sowie die Oberlandesgerichte Frankfurt, Urtheil v. 7. Aug. 1901 und Dresden, Urtheil v. 10. Mai 1902, Böhms Z. **11** 95, **12** 466, 607 haben sich der Ansicht angeschlossen.

Zitelmann a. a. O. kommt mit anderer Begründung zu dem gleichen Ergebnisse. Bezüglich der einseitigen Kollisionsnormen führt er — 235 — aus:

„Ist die Anwendbarkeit der eignen Rechtsordnung in dieser bestimmten Frage nur von dem Dasein einer einzigen Art von staatlicher Beziehung abhängig gemacht, die sich für andere Staaten ebenso finden könnte, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die gleiche Beziehung, wenn sie zu einem anderen Staate vorliegt, auch dessen Recht anwendbar macht, so daß also die sämmtlichen Rechtsordnungen auf dem Fuße der Gleichheit behandelt werden. Denn es ist kein Moment ersichtlich, das eine ungleiche Behandlung der verschiedenen Rechte begründen könnte. Dieser Satz ist für unser geltendes Recht folgenschwer; ich verkenne nicht, daß ihm Bedenken entgegenstehen: er muß aber doch gewagt werden. Wenn z. B. Art. 18 des deutschen EG. sagt: „die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist", so nehmen wir an, daß sie, wenn der Ehemann nicht Deutscher war, nach dem Rechte seines Heimathstaats zu beurtheilen ist: das ist der Satz, den der Entwurf II im § 2252 aufgestellt hat. Man kann entgegenhalten: warum ist dann der Entwurf II geändert? die Aenderung beweist doch, daß der Art. 18 eine andere Tragweite haben muß? Indeß die Gründe der Aenderung treten in dem Gesetzeswerke selbst nicht hervor: wir haben das fertige Gesetz aus sich selbst zu erklären, und da führt die Analogie zu dem obigen Ergebnisse."

In Bezug auf die unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen sagt Zitelmann 227:

„Wie ist für die nicht mitumfaßten Fälle zu entscheiden? Darf man die gleiche Rechtsfolge auch auf sie übertragen? Die Antwort ist vielfach nicht ganz leicht. Der einfachen Uebertragung auf diese anderen Fälle wird man mit der Frage begegnen: wenn in diesen anderen Fällen der gleiche Rechtssatz gelten soll, warum hat der Gesetzgeber ihn dann nicht auch allgemein ausgesprochen, sondern so geflissentlich beschränkt? Diese Gegenfrage darf man nicht unbeachtet lassen. Es sind wohl folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

a) Vielleicht liegt in der Fallbeschränkung lediglich eine Art von Bescheidenheit der eignen Gesetzgebung: man will nur diese, zu dem Inland in näherer thatsächlicher Beziehung stehenden Fälle ordnen, hingegen nicht diejenigen, an denen unser Staat materiell nur ein entfernteres Interesse haben kann. In welcher Form und mit welchen Hintergründen immer dieser Gedanke maßgebend sein sollte: er beruht jedenfalls auf einem Fehler. Die Berücksichtigung des Interessenkreises fremder Staaten kann dahin führen, daß unser Staat deren Recht, das ausländische Recht, anzuwenden befiehlt, das hat einen Sinn; keinen Sinn aber hat es, wenn er aus Rücksicht auf die fremden Staaten seinen Richtern überhaupt keine Kollisionsnorm für gewisse Fälle geben will, während er ihnen doch die Aufgabe, diese Fälle zu entscheiden, wenn sie vorkommen, nicht ersparen kann. Geht die Fallbeschränkung der Kollisionsnorm aus solchen Gründen hervor, so

bildet sie jedenfalls keinen Gegengrund gegen die Uebertragung des gleichen Prinzips auf andere Fälle.

b) Vielfach sind es aber auch sachliche Gründe, welche eine Beschränkung der Kollisionsnorm auf jenen engeren Kreis von Fällen rathsam machen. Zwei solche Gründe scheinen mir denkbar:

α) Einmal mag die Abgrenzung des Fallgebiets deshalb werthvoll sein, weil zwar die Regel auch in anderen Fällen gelten mag, nur in diesen Fällen aber noch gewisse dazu gehörige Sondersätze gelten sollen. So läßt sich EG. Art. 25 erklären: Satz 1 dort stellt das Prinzip, daß das Personalstatut Erbstatut sei, nur für im Inlande wohnende, nicht für alle Ausländer auf, weil nur für die im Inlande wohnenden die in Satz 2 genannte Sonderbestimmung gemeint ist. Auch bei diesem Sachverhalte darf, wie man sieht, aus der Thatsache, daß die Regel nur beschränkt lautet, kein argumentum e contrario hergenommen werden.

β) Der Grund kann auch ein anderer sein: möglicherweise gilt zwar das Prinzip an sich auch in den anderen, nicht mitbegriffenen Fällen, aber der Gesetzgeber fürchtet, daß es in diesen anderen Fällen vielleicht nicht rein zur Durchführung kommen könne, weil hier andere Momente beeinflussend dazwischen kommen. Insbesondere könnte einen solchen Einfluß der Inhalt der fremden Kollisionsnormen haben: man will z. B. offen lassen, daß die im Ausland eingegangene Ehe zweier Ausländer auch von unserem Richter nach dem materiellen Rechte beurtheilt werde, auf welches die Kollisionsnormen des ausländischen Personalstatuts verweisen, und darum giebt man selbst keine Kollisionsnorm für jene Fälle. Ob solche Gegeneinflüsse wirklich vorhanden sein können, soll hier nicht untersucht werden. Jedenfalls steht auch bei einer solchen Sachlage der Uebertragung des Prinzips als solchen nichts im Wege. Und so kommen wir für alle Fälle zu dem gleichen einfachen Ergebnisse; da wir in der Beziehung zu dem Staate, dessen Recht anwendbar sein soll, die Rechtfertigung der Anwendbarkeit dieses Rechtes sehen, die daneben genannte Beziehung zu einem anderen Staate aber diese Bedeutung nicht hat, so dürfen wir ohne Weiteres diese falleinschränkende Beziehung aus der Kollisionsnorm streichen; ob sie vorliegt oder nicht, kann für die Anwendbarkeit der in der Kollisionsnorm genannten Rechtsfolge nichts ausmachen. Es handelt sich hierbei, wie man sieht, um Uebertragung des Prinzips von den Fällen, für die allein es gegeben war, auf andere, auf die es ebenso zutrifft; dabei bleibt es gleichgültig, ob man diese Operation dahin charakterisirt, der Thatbestand der Regel werde durch Ausmerzung gewisser Momente so erweitert, daß er auch jene anderen Fälle mitumfasse, oder dahin, durch Beseitigung bloß scheinbarer Thatbestandsmomente werde der wahre Umfang, den der Thatbestand in der Regel habe, ans Licht gestellt. Demnach wären denn insbesondere die angeführten Bestimmungen des Einführungsgesetzes über ihren Wortlaut hinaus zu dem Sinne zu erweitern, den die entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs II hatten."

B. Neumann, Handausg. zu Artt. 7 ff. EG. (vgl. auch IPR. in Form eines Gesetzentwurfes 1896, 24. DJT. V 169 ff., Gruchots Beitr. 46 67 ff.) vertritt folgenden Standpunkt:

„Bei den Thatbeständen, für welche nach dem einseitigen und den unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen des EG. das deutsche Recht nicht maßgebend sein soll, während doch andererseits nicht bestimmt ist, welches Recht maßgebend sein soll, sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

a) Fälle ohne Konflikt,

b) Fälle des Konflikts.

Zu a): Fälle der Lösung ohne Konflikt:

α. Wenn der zu beurtheilende Thatbestand sich ausschließlich in einem einzigen Rechtsgebiet abgespielt hat und keinerlei Rechtsbeziehungen zu einem anderen Rechtsgebiet enthält. Beispiel: Die Beerbung eines ausländischen in seinem Heimathstaate wohnhaft gewesenen Erblassers, dessen Nachlaß sich in seinem Heimathstaate befand, durch die demselben Rechtsgebiet angehörenden Erben.

β. Wenn die Gesetzgebungen der mehreren in Betracht kommenden Rechtsgebiete die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses übereinstimmend derselben Gesetzgebung zuweisen, gleichgültig, ob diese Uebereinstimmung beruht auf der Gleichheit ihrer Vorschriften des allgemeinen internationalen Privatrechts (vgl. zu Art. 27) oder auf einer zwischen den betreffenden Staaten bestehenden vertragsmäßigen Regelung.

Zu b): Fälle des Konflikts:

Ist eine Gesetzgebung, die, ohne im Widerspruche mit einer anderen Gesetzgebung zu stehen, zur Anwendung gelangen will, nicht vorhanden, so liegt der Fall des Konflikts der Gesetzgebung vor:

α. Positiver Konflikt.
Die Vorschriften mehrerer Gesetzgebungen nehmen ihre Zuständigkeit in Anspruch. Dies ist z. B. der Fall, wenn bei einem Erbfalle die Gesetze des Wohnsitzstaats auf dem Wohnsitzprinzipe, die Gesetze des Heimathstaats auf dem Staatsangehörigkeitsprinzipe, die Gesetze des Staates, in welchem der Nachlaß belegen ist, dem Territorialitätsprinzipe beruhen.

β. Negativer Konflikt.
Die Vorschriften der mehreren in Betracht kommenden Gesetzgebungen weisen die Entscheidung der Sache verschiedenen Rechtsordnungen, sei es einander, sei es einer dritten Gesetzgebung zu; so, wenn z. B. der Wohnsitzstaat das Staatsangehörigkeitsprinzip, der Heimathstaat aber das Wohnsitzprinzip anwendet.

In den Fällen zu a) soll der Richter die Rechtsordnung, welche angewendet sein will, anwenden.

In den Fällen zu b) soll der Satz zu Grunde gelegt werden: „Wenn bei einem Thatbestande diejenige Beziehung zum Inlande, von welcher die Anwendbarkeit der deutschen internationalen Privatrechtssätze (316) abhängig ist, nicht vorliegt, so ist für die Bestimmung des maßgebenden Rechtes das IPR. desjenigen Gebietes zuständig, für welches diese Beziehung vorliegt." (Handausg. (3.) 9.)

Niemeyer, Böhms Z. 7 91, DJZ. 98 372, das IPR. des BGB. 39) bezeichnet diesen Standpunkt als „Prinzip der Kompetenzerörterung" oder „Kompetenzerwägung" und Neumann hat diese Bezeichnung in der modifizirten Form „Zuständigkeitserörterung" akzeptirt.

Das Ergebniß des Neumannschen Standpunkts ist, daß in den „Konfliktsfällen" die Lücken der einseitigen und unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen dadurch ergänzt werden sollen, daß die Kollisionsnormen des Heimathrechts angewendet werden.

Gegenüber Niemeyers Polemik a. a. O. stützt Neumann, Gruchots Beitr. a. a. O. sein Prinzip insbesondere auch auf Art. 27 EG., indem er ausführt:

„Art. 27 erwähnt nur diejenigen Vorschriften, in welchen das Gesetz die Anwendung ausländischen Rechtes bestimmt hat, dagegen sind diejenigen Vorschriften weggelassen, in denen die Anwendung ausländischen Rechtes nicht vorgeschrieben ist.

Erwägt man also, daß die Verweisung auf ausländisches Recht die einzige, allen in Art. 27 erwähnten Bestimmungen gemeinsame Eigenthümlichkeit ist, so ergiebt sich der Schluß, daß die ganze Vorschrift des Art. 27 auf dem Umstande beruht, daß in einzelnen Artikeln des EG. die Anwendung ausländischen Rechtes vorgeschrieben ist. Der Grund für die Aufnahme des Art. 27 ist nur dann völlig einleuchtend, wenn man davon ausgeht, daß der Gesetzgeber von seinem Standpunkte der Zuständigkeitserwägung aus sich nur darauf beschränkt hat, den Anwendungsbereich der deutschen Gesetze festzulegen. Von diesem Standpunkt aus könnte angenommen werden, daß, wenn das Gesetz eigentlich nur die Grenzlinie zwischen dem deutschen und ausländischen Rechte zieht, deutsches Recht da nicht angewendet werden könne, wo das Gesetz selbst ausnahmsweise die Maßgeblichkeit ausländischen Rechtes festgesetzt hat. Um diese Annahme, die dem Willen des Gesetzgebers zunächst in den in Art. 27 aufgeführten Fällen nicht entspricht, auszuschließen, hat der deutsche Gesetzgeber durch Art. 27 zum Ausdrucke gebracht, daß die Grenzziehung zwischen deutschem und ausländischem Rechte die Anwendung deutscher Gesetze da nicht ausschließt, wo das Auslandsrecht das deutsche Recht für maßgebend erklärt. Es ist hieraus aber allgemein der Schluß zu ziehen, daß da, wo der Gesetzgeber eine ausdrückliche Bestimmung, daß ausländisches Recht anzuwenden ist, überhaupt nicht aufgestellt hat, ein Hinderungsgrund für die Anwendung deutscher Gesetze nicht besteht, wenn das sich als maßgebend erweisende ausländische Recht dies bestimmt."

C. Niedner a. a. O. nähert sich der Ansicht Neumanns, indem er die Normirung des internationalen Privatrechts ihrer Natur nach für formales, nicht materielles Recht ansieht, für „Zuständigkeitsbestimmungen für die Gesetzgebung des einzelnen Staates". Insbesondere schließt er sich der Neumannschen Ansicht an, daß das EG. grundsätzlich auf dem Standpunkte stehe, nur den Anwendungsbereich des deutschen Rechtes zu bestimmen, dagegen die Abgrenzung der verschiedenen Auslandsgesetze unter sich unterlasse. Für die Ausfüllung der Lücken des Gesetzes unterscheidet Niedner:

1. Beim Vorliegen unvollständig zweiseitiger und der einseitigen Kollisionsnormen hat der Richter mangels Regelung durch das inländische Recht die verschiedenen vermöge der staatlichen Beziehungen des Rechtsverhältnisses in Betracht kommende Auslandsrechte festzustellen und bei übereinstimmender Regelung dieser das hiernach maßgebliche Recht anzuwenden.

2. Mangels Uebereinstimmung ist die einheimische Kollisionsnorm zur analogen Anwendung zu verwerthen.

Gegen den Neumann'schen Standpunkt der Kompetenzerörterung bringt Niedner vor, daß die Zuerkennung der Zuständigkeit an einen der mehreren Staaten zwar diesem gegenüber als eine Konzession auf der Basis völkerrechtlicher Gleichstellung aufgefaßt werden könne, von dem anderen Staate aber als eine völkerrechtswidrige Anmaßung empfunden werde.

Neumann's Folgerungen aus Art. 27 EG. weist N. zurück. Niedner findet die Berechtigung seines Standpunkts vor Allem darin begründet, daß das Vorliegen widerstreitender ausländischer Kollisionsnormen dem Mangel jeder positiven Kollisionsnorm gleichzustellen ist. Gegen Niedner (und Neumann) bemerkt Crome a. a. O. 136: „Es ist nicht richtig, im Falle der inhaltlichen Uebereinstimmung der verschiedenen in Betracht kommenden ausländischen Gesetzgebungen sofort deren Inhalt entscheiden zu lassen." „Die in der Unvollkommenheit einer Kollisionsnorm liegende Lücke ist wie jede andere zu behandeln."

Niemeyer 46 sucht nachzuweisen, daß das von Niedner empfohlene Verfahren „ein unsicheres und inkonsequentes Herumtasten" sei, wogegen Niedner 16 darzuthun sucht, daß dies nicht der Fall sei.

D. Dernburg a. a. O. 93 verwirft ebenso wie die Ausfüllung der Lücken nach dem Prinzipe der Analogie, so auch jede andere Entwickelung allgemeiner Prinzipien als dem Worte und dem Sinne des EG. widersprechend, „welches fast nur Spezialvorschriften im deutschen Interesse geben wollte". D. will vielmehr

1. an die bisherige Rechtsprechung anknüpfen,
2. sodann von Fall zu Fall für diejenige örtliche Beziehung das maßgebende Recht bestimmen lassen, welche sich als die für das Verhältniß wichtigste darstellt,
3. soweit sich hieraus keine Entscheidungsnorm ergiebt, deutsches Recht zur Anwendung bringen. „Dies entspricht dem Geiste des EG."

II. Die Ausfüllung der Lücken des EG. in den Materien, für welche im EG. die Kollisionsnormen vollständig fehlen. („Totale Lücken.")

a) Das Prinzip. — Edelmann, Böhms Z. 8 315: „Der Richter ist in der Entscheidung der nicht geregelten Fälle vollständig frei: Das BGB. weist dem Richter im IPR. eine ähnliche Stellung an, wie sie im alten Rom der Prätor einnahm."

Planck a. a. O. 23: „Die Annahme, daß in der Rechtsordnung eines jeden Staates die Vorschrift stillschweigend enthalten sei, daß gewisse allgemeine Grundsätze des IPR. anzuwenden seien, dürfte dem Geiste und der Absicht aller Rechtsordnungen der Kulturstaaten entsprechen. . . . Sachlich liegt hierin freilich eine Art von Delegation der Gesetzgebung an die Gerichte. . . . Die Reichsgesetzgebung hat . . . angenommen, daß diese Unsicherheit ein geringeres Uebel sei, als die sich aus einer vollständigeren Regelung ergebenden Mißstände."

Niemeyer, Das IPR. des BGB. 51: „Nichts spricht dafür, daß diese Lücken des EG. nach einer anderen Richtschnur als derjenigen des „Internationalitätsprinzips" auszufüllen sind. Eine Rückkehr zu dem „Exklusivitätsprinzip" im Sinne des Wächter'schen Hülfssatzes „in dubio lex fori" ist nach dem heutigen Stande der Entwickelung ausgeschlossen".

Niemeyer formulirt das von ihm sog. „Internationalitätsprinzip" (Positives IPR. 86) dahin: „In Ermangelung besonderer Kollisionsnormen ist dasjenige Recht zur Anwendung zu bringen, dessen Anwendung gemäß dem Wesen und der Aufgabe der Rechtspflege im Sinne friedlicher und gemeinsamer Kulturarbeit der verschiedenen staatlichen Verbände vernünftig erscheint".

Zitelmann a. a. O. 72 ff., 122 ff. führt aus, daß die Fragen des IPR. auf die Frage hinauslaufen, das Recht welchen Staates dafür maßgebend ist, ob ein bestimmtes subjektives Recht erworben oder verloren ist. Er antwortet: „Die Rechtsordnung desjenigen Staates, der die völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht hatte, ein solches subjektives Recht zu verleihen und darum auch zu nehmen; und zwar muß der Staat diese Rechtsmacht selbstverständlich zu der Zeit gehabt haben, da der behauptete Erwerb oder Verlust eingetreten sein soll".

„Jene Rechtsmacht ergiebt sich theils aus der Gebietshoheit, theils aus der Personalhoheit. Je nach der Art der subjektiven Rechte, um die es sich handelt, ist die Gebietshoheit oder die Personalhoheit, das Gebietsstatut oder das Personalstatut, maßgebend (s. oben S. 327)."

Enneccerus, 24. DJT. IV 79: „Dasjenige Recht ist anwendbar, dessen persönliche oder gebietliche Herrschaft die Rechtsfrage am stärksten berührt".

Cosack a. a. O. 41: „In Ermangelung einer abweichenden Kollisionsnorm ist jede Rechtsfrage nach dem Rechte desjenigen Staates zu beurtheilen, der das größte öffentliche Interesse daran hat, jene Frage nach eigenem

Ermessen zu beantworten. Ein Beispiel ist, daß der Inhalt einer rechtsgeschäftlich begründeten Forderung dem Rechte desjenigen Staates unterliegt, in dessen Gebiet die Forderung erfüllt werden soll".

Neumann befürwortet für die in Rede stehenden Lücken dasselbe Verfahren, wie für die Lücken der einseitigen und unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen, d. h. Unterscheidung der Fälle ohne Konflikt und mit Konflikt; für die letzteren Fälle soll, wenn das der Natur der Sache entsprechende Anknüpfungsmoment (z. B. der Ort des Vertragschlusses) auf Auslandrecht hinweist, das internationale Privatrecht des Staates maßgebend sein, auf welches das Anknüpfungsmoment hinweist.

Niedner (18) fordert gleichfalls für die Ausfüllung der totalen Lücken grundsätzlich dasselbe Verfahren, wie für die Lücken der einseitigen und unvollständig zweiseitigen Lücken. Er gelangt aber praktisch für die Fälle mit Konflikt zu denselben Resultaten, wie die herrschende Auffassung, indem er nicht nur wenn das als maßgeblich erkannte Anknüpfungsmoment (z. B. der Ort des Vertragschlusses) auf deutsches Recht hinweist, das deutsche Privatrecht (nicht das deutsche internationale Privatrecht) für anwendbar hält (ebenso wie dies auch Neumann thut), sondern auch dann, wenn das Anknüpfungsmoment auf Auslandrecht verweist, nicht die Kollisionsnormen des letzteren, sondern unmittelbar dessen materielles Recht anwenden will. Nur für den Fall, daß die Kollisionsnormen der sämmtlichen in Betracht kommenden Auslandrechte übereinstimmen, sollen diese ausländischen Kollisionsnormen dafür maßgebend sein, welches Privatrecht materiell anwendbar ist.

b) Hülfsmittel. (Bisheriges Recht. Ausländisches IPR.)

Dernburg a. a. O. 93: „Vor Allem wird man auf die bisherige Rechtsprechung, namentlich der Reichsgerichte, Rücksicht nehmen. Dies um so mehr, weil auch sie nur zum geringen Theil auf positiven Gesetzen beruhte, vielmehr auf dem, was die Natur der Sache zu ergeben schien."

Niedner a. a. O. 18 führt aus, daß „die Ergebnisse der bisherigen Praxis nur insoweit weiter zu verwerthen seien, als sie sich nicht an der Hand solcher partikularen Kollisionsnormen entwickelt haben, die gegenüber dem Standpunkte der jetzigen international-privatrechtlichen Wissenschaft veraltet erscheinen". Der Praktiker werde mehr als früher zur selbständigen Durchdringung der Grundsätze des IPR. Veranlassung haben, „wobei ihm einerseits die neuesten beachtenswerthen Errungenschaften der Wissenschaft und Praxis des IPR., andererseits die positiven Bestimmungen des ausländischen IPR. (Meili, Kodifikation des int. Civil- u. Handelsrechts, Niemeyer, Positives IPR., Neumann, IPR., Niemeyer, Vorschläge und Materialien z. Kodifikation des IPR., Meili, Das intern. Civil- u. Handelsrecht) zur Seite stehen werden".

Crome a. a. O. 131: „Dabei wird das Bestreben obwalten, nach Möglichkeit mit den allgemeinen Prinzipien des Weltrechts in Einklang zu bleiben".

Niemeyer, Das IPR. des BGB. 52: „Für die praktische Behandlung der großen Lückenbestände unseres Gesetzes kommt nun aber ein fernerer allgemeiner Gesichtspunkt in Betracht, welcher, wenn nicht alle Voraussicht täuscht, eine Hauptrolle bei der Ausfüllung jener Lücken spielen wird und dessen prinzipielle Berechtigung klarzustellen, daher wichtig erscheint.

Ich meine die Werthung derjenigen Rechtsgrundsätze, welche in Deutschland bisher allgemeinere Anerkennung und praktische Bethätigung gefunden haben. Dieser Gesichtspunkt hat für mancherlei Fragen auf dem gesammten Gebiete des Privatrechts Bedeutung, für das Gebiet des internationalen Privatrechts in be-

sonderem Maßen. Die landesrechtlichen Normen sind durch Art. 55 EG. ausgelöscht, ohne daß die Reichsgesetzgebung annähernd Ersatz gebracht hat.

Daß bei Ausfüllung der Lücken frühere Gedankenarbeit verwerthet werden kann und verwerthet werden wird, ist ja zweifellos. Immanente Wahrheiten werden durch kein Gesetzbuch aufgehoben. Wo Rechtsfragen wiederkehren, welche anerkannter Maßen bereits befriedigende Lösung gefunden haben, kann und wird die Praxis sich auf die Arbeit der Vergangenheit stützen. Niemand wird es unternehmen wollen, dieser wissenschaftlichen Kontinuität Recht und Nothwendigkeit abzusprechen.

Aber es ist, meine ich, darüber noch hinaus eine Kontinuität von mehr positiver Art zwischen dem alten und dem neuen Rechte möglich und nicht nur aus allgemeinen Gründen, sondern durch das Prinzip unserer Kodifikation geboten.

Die Grenze zwischen immanenter Richtigkeit und positiver Willensentscheidung läßt sich im Einzelfalle nicht mit objektiver Sicherheit ziehen. Wenn man sich künftig in der Praxis auf ältere Entscheidungen beruft, so hat das nach dem bisher Gesagten nur in dem Sinne Berechtigung, daß die der älteren Entscheidung zu Grunde liegenden Erwägungen wegen ihrer immanenten Richtigkeit in Bezug genommen werden.

Aber mit diesem Momente der inneren Begründetheit vermischt sich in der Praxis sehr leicht der Gesichtspunkt äußerer Geltung („auctoritas rerum similiter judicatorum"). Diese Vermischung stellt häufig den Thatbestand werdenden Gewohnheitsrechts dar, und der Schritt von hier bis zur Vollendung des Gewohnheitsrechts wird von dem, der ihn thut, meistens kaum bemerkt. Erst nachdem er gethan ist, wird er erkannt. Dieser unwillkürliche, unbewußte Vorgang wird sich aller Voraussicht nach für das Gebiet des internationalen Privatrechts dort, wo die Kodifikation Lücken aufweist, in der künftigen Rechtspraxis mannigfach vollziehen. Davon braucht aber hier nicht weiter die Rede zu sein, da es sich hier darum handelt, inwieweit gegenwärtig die Anknüpfung an die bisherige Rechtspraxis möglich und berechtigt ist. Und hier, glaube ich, kommt dem praktischen Bedürfnisse der formale Gesichtspunkt zu Hülfe, daß unserer Kodifikation positiv das Prinzip innewohnt: vorhandene Rechtseinheit zu wahren. Die Artt. 32, 55 EG. sind Ausflüsse dieses Prinzips. Der Grund, warum diese Vorschriften das bisherige Reichsprivatrecht konserviren, das Landesprivatrecht aufheben, ist nicht der, daß das Reichsrecht als solches für inhaltlich besser als das Landesrecht gehalten wurde, sondern der Gesichtspunkt, daß das die Reichseinheit durchbrechende Privatrecht aufgehoben werden sollte, dagegen das bestehende einheitliche Recht Recht bleiben sollte.

Diesem Grundgedanken entspricht es, die Einheit auch da festzuhalten, wo sie nicht die Form des Reichsrechts, sondern diejenige des allgemeinen Rechtes hat. Soweit sich daher in Deutschland bislang in allen Rechtsgebieten gleiche Grundsätze für die Behandlung des internationalen Privatrechts gebildet haben, welche die Lücken der neuen Reichsgesetzgebung auszufüllen geeignet sind, spricht für die Beibehaltung dieser Grundsätze das Prinzip unserer Kodifikation."

Aber es muß doch davor gewarnt werden, daß diese Tendenz der Kontinuität ausarte in gedankenloses Weiterschleppen überlieferter Maximen. Wirkliche und exakte Uebereinstimmung hat sich doch bislang nur in recht wenigen Fragen herausgebildet. Der neue Rechtszustand stellt daher vor Allem an Theorie und Wissenschaft die Anforderung selbständiger Durchdringung und Vertiefung wie der Prinzipien so auch der Einzelfragen."

Neumann (insbesondere z. B. 26) zieht die ältere Judikatur ohne Weiteres zur Ergänzung der Grundsätze des EG. heran.

IV. Das IPR. der Uebergangszeit.

Literatur: Niedner, R. 00 250 ff., Habicht ebenda 405, Diena, Böhms Z., 10 355 ff., Niedner daselbst 11 373 ff., Habicht, Die Einwirkung u. s. w. (3) 39, Zitelmann, Iherings J. 42 289 ff., Kahn ebenda 43 299 ff., 563, Neumeyer, Böhms Z. 12 39 ff., Neumann, Handausg. (3) 10, Niedner, Komm. z. EG., (3) 295, Böhms Z. 11 373 ff., Scherer, Das erste Jahr des BGB. 2, Das zweite Jahr des BGB.

Habicht, Einwirkung 39:

1. „Mit der Frage, ob ein Rechtsverhältniß nach altem oder nach neuem Rechte zu beurtheilen sei, wird sich in der Uebergangszeit oft die weitere Frage verbinden, welches von mehreren räumlich neben einander bestehenden Rechten darauf anzuwenden ist." „Berücksichtigt man ausschließlich das EG., so kann man die Frage auch so stellen: Gehen bei gleichzeitiger zeitlicher und örtlicher Kollision des IPR. der I. Abschnitt (Artt. 7—30) oder die Uebergangsvorschriften des IV. Abschnitts des EG. vor? Die Frage ist in dem letzteren Sinne zu beantworten."

2. H. führt dann aus (41): Wenn demgemäß altes Recht anzuwenden ist, so ist für den Richter das frühere IPR. der lex fori maßgebend, so daß die Kollisionsfrage von den Richtern verschiedener Rechtsgebiete unter Umständen verschieden zu beantworten ist.

3. Weiter deduzirt H.: Dies gilt auch für solche Vorschriften des bisherigen IPR., welche den Richter anwiesen, unbedingt die lex fori anzuwenden (z. B. das unbedingte Verbot der Erforschung der Vaterschaft). Dies gilt ohne Rücksicht auf irgend welche Auslandsbeziehungen des zu beurtheilenden Thatbestandes (z. B. Erzeugung im Auslande bei ausländischer Staatsangehörigkeit und ausländischem Domizil der Eltern u. s. w.). „Man kommt m. E. in kaum zu lösende Schwierigkeiten, wenn man in solchen Fällen den Richter nöthigen will, sich nunmehr nachträglich für die Beurtheilung derartiger Verhältnisse eine materiell-rechtliche Kollisionsnorm zu schaffen, die sein bisheriges Recht gerade abgelehnt hat."

Uebereinstimmend mit Habicht haben sich geäußert Niemeyer, Das IPR. des BGB. 179, Diena, Böhms Z. 10 354 ff., Schöller, DJZ. 00 250, Dernburg a. a. O. 95, „denn neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft", Neumeyer a. a. O., Neumann a. a. O. und das RG. JW. 00 794[27], 01 30, 01 452, 02 67 (Urth. v. 13. Nov. 1901). Das zuletzt bezeichnete Urtheil führt aus:

„Der Gesetzgeber hat den Artt. 7—31 keine rückwirkende Kraft beilegen wollen. Dies ist um so weniger anzunehmen, als jede Aenderung einer örtlichen Anwendungsnorm mittelbar eine Aenderung des von ihr betroffenen Privatrechts bewirkt, sofern nicht zufällig zwischen dem nach der alten und dem nach der neuen Anwendungsnorm maßgebenden Rechte inhaltlich Uebereinstimmung besteht, während doch bei einer Aenderung des Privatrechts die Vermuthung dafür spricht, daß früher entstandene Rechtsverhältnisse von ihr nicht berührt werden sollen."

Vgl. auch Urtheil des OLG. Kiel v. 10. Juli 1900, Böhms Z. 11 440. — Mit besonderer Begründung kommt auch Zitelmann a. a. O. zu demselben Ergebnisse.

Niedner dagegen mißt den Artt. 7 ff. rückwirkende Kraft bei. In diesem Sinne hat auch das LG. Meiningen, R. 00 373 entschieden.

Einen noch anderen Standpunkt nimmt Kahn ein. Er führt aus:

Es sei einerseits unrichtig, die Bestimmungen der Artt. 7—30 rückwirkend auch auf alle älteren Rechtsverhältnisse anzuwenden; es sei andererseits unklar

und unzutreffend, einfach zu sagen, für die dem früheren Rechte angehörenden Rechtsverhältnisse hätten die früheren (partikularrechtlichen) Kollisionsnormen weiter zu gelten. Vielmehr gelten für das privatinternationale Rechtsverhältniß eigene, dessen besonderer Natur entsprechende Uebergangsregeln. Das Reichsgesetz gebe diese Uebergangsregeln nicht ausdrücklich. Abschnitt 4 des EG. beziehe sich nur auf nationale Uebergangsverhältnisse, d. i. auf solche Rechtsverhältnisse, bei denen schon feststeht, daß sie materiell dem deutschen Rechte angehören.

Man sei deshalb darauf angewiesen, die privatinternationalen Uebergangsnormen im Wege der Auslegung zu eruiren.

Als allgemeine Regeln seien dabei festzuhalten:

a) Wenn ein Rechtsverhältniß vor dem Inkrafttreten des BGB. überhaupt keine Beziehungen zu dem deutschen Territorium gehabt hat, so kommen für dessen Beurtheilung in keinem Falle die früheren landesgesetzlichen Kollisionsnormen mehr in Betracht, mag das Rechtsverhältniß auch vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden sein.

b) War für ein Rechtsverhältniß die nach der bisherigen Kollisionsnorm maßgebende Inlands-Anknüpfung gegeben (z. B. preußischer Wohnsitz für Anwendung des preußischen Personalstatuts), so muß dieses Rechtsverhältniß, wenn vor Inkrafttreten des BGB. entstanden, als ein von dem bisherigen Inlandrechte geprägtes aufrecht erhalten werden.

c) War die nach der bisherigen Kollisionsnorm maßgebende Inlands-Anknüpfung vor Inkrafttreten des BGB. nicht existent geworden, so ist die Weiteranwendung der bisherigen Kollisionsnormen auch bei älteren Rechtsverhältnissen ausgeschlossen (Erweiterung von Satz 1).

d) Im Zweifel ist die Präsumption für Anwendung der neuen Kollisionsnorm.

Diese Grundsätze werden von Kahn a. a. O. bei den wichtigsten Materien im Einzelnen durchgeführt und genauer begründet (Geschäftsfähigkeit 335—343; persönliches Eherecht 343—361; eheliches Güterrecht 362—387; Ehescheidung 387—396; Delikte und Alimentenklagen 396—416, 563; erbrechtliche Sonderbestimmungen 417—423; Rückverweisung und Näherberechtigung [EG. Artt. 27 u. 28] 423—427; Prohibitivgesetze 428—434).

Dem Standpunkte Kahns nähert sich Scherer, welcher in der Regel für die alten Rechtsverhältnisse das alte IPR., für einzelne Fragen aber, insbesondere für Eheschließung und Ehescheidung, das neue IPR. ohne Rücksicht auf die zeitlichen Umstände für maßgebend erklärt.

Gegen Kahn führt Neumeyer a. a. O. aus:

Die Kollisionsnormen des EG. seien nur auf solche Thatbestände anwendbar, deren zeitlicher Schwerpunkt in die Zeit nach 1. Jan. 1900 fällt. Für die Bestimmung dieses zeitlichen Schwerpunkts sei lediglich der Wille des gegenwärtig verbindlichen Kollisionsrechts entscheidend, parallel der Lösung des Problems der Rückverweisung (49 Anm. 12).

V. Verhältniß der Artt. 7 ff. zu landesgesetzlichen Kollisionsnormen.

Literatur: Niemeyer, Das IPR. des BGB. 184 ff., Mayer, DJZ. 98 266. Rohs, Finden Artt. 7—31 EG. Anwendung a. d. Gebiete d. vorbehaltenen Landesrechts (Diss. Rostock, 1901). Niedner, Komm. z. EG., 11, Cosack, Lehrbuch, (4) I 40, Meili, Das intern. Civ.- u. Handelsrecht, 59, Zitelmann, Zum Grenzstreite zwischen Reichs- u. Landesrecht, Bonn. Neumeyer, Hirths Ann. 35 395.

Neumeyer formulirt:

„Die partikularen Kollisionsnormen sind unter zwei Voraussetzungen in Geltung geblieben: sie dürfen sich nicht auf Gegenstände beziehen, die, wenn deutsches Recht auf sie zur Anwendung kommt, unter Reichsrecht stehen; und sie dürfen nicht bloß in einer speziellen Anwendung allgemein gültiger Kollisionsnormen bestehen, die durch das neue Kollisionsrecht abweichende Regelung erfahren haben."

Die Kontroversen, welche sich im Einzelnen an die in der Ueberschrift bezeichneten Fragen knüpfen, sind abschließend erörtert durch Zitelmann. Derselbe stellt vor Allem fest, daß die Frage, ob das IPR. öffentliches oder bürgerliches Recht sei, für das Verhältniß der Artt. 7 ff. zum Landesrecht nicht maßgeblich sei, daß es vielmehr darauf ankomme, ob das EG. die Kollisionsnormen zu den privatrechtlichen Vorschriften rechne. Letzteres sei zu bejahen. Das IPR. falle unter die privatrechtlichen Vorschriften im Sinne des Art. 55 EG. Darum sei das IPR. des bisherigen Landesrechts im Allgemeinen aufgehoben und nur insoweit aufrecht erhalten, als es durch besondere Vorbehalte aufrecht erhalten sei. Dies letztere nun sei insoweit der Fall, „als es für Rechtsfragen, die dem Gebiet einer Vorbehaltsmaterie angehören, eine international-privatrechtliche Sonderbestimmung enthält." „Z. B. bleiben die Kollisionsnormen, welche das Landesrecht etwa allgemein für obligatorische Rechtsverhältnisse aufstellt, keineswegs für Gesindeverträge in Geltung." „Für die Zukunft freilich bleibt es nach EG. Art. 3 der Landesgesetzgebung unbenommen, in allen Vorbehaltsmaterien beliebig international-privatrechtliche Sätze, die vom Reichsrecht abweichen, zu schaffen."

Planck, Komm. 25: „So z. B. würde nichts entgegenstehen, wenn ein Bundesstaat die ihm nach Art. 134 vorbehaltenen und von ihm getroffenen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder abweichend von dem EG. Art. 19 bestimmte, daß diese Vorschriften auf alle Kinder Anwendung finden, die in seinem Gebiet ihren Wohnsitz haben."

VI. Verhältniß der Artt. 7 ff. zu staatsvertraglichen Kollisionsnormen.

Dieses grundsätzlich nach den Artt. 32, 55, 56 EG. zu behandelnde Verhältniß (vgl. insbesondere Niedner, Kommentar zu diesen Artikeln) wird besonders eingehend erörtert bei Niemeyer, Das IPR. des BGB. 186 ff.. Die Texte der Verträge sind mitgetheilt bei Niemeyer, Positives IPR. 29 ff.:

1. Die allgemeinste Klausel bezüglich des internationalen Privatrechts findet sich in dem deutsch-mexikanischen Handelsvertrage vom 5. Dez. 1882 (Reichsgesetzblatt **83** 247) Art. 18 und in dem Handelsvertrage mit Columbien vom 23. Juli 1892 (Reichsgesetzblatt **94** 471 ff.) Art. 20: „Die vertragschließenden Theile . . sind übereingekommen . . , daß ihre diplomatischen Vertreter aus Anlaß der Rechtsansprüche . . . von Privatpersonen nicht in Angelegenheiten eingreifen sollen, welche dem Bereiche der bürgerlichen oder Strafrechtspflege angehören, es sei denn, ... daß nach Erschöpfung der gesetzlichen Rechtsmittel eine klare Verletzung der . . von den gesitteten Nationen allgemein anerkannten Bestimmungen des Völkerrechts oder des internationalen Privatrechts vorliegen sollte." Die hier kundgegebene prinzipielle Annahme der Geltung eines völkerrechtlichen internationalen Privatrechts ist theoretisch von hohem Interesse. Praktische Konsequenzen lassen sich daraus deswegen nicht ableiten, weil es allgemein anerkannte Regeln des internationalen Privatrechts, wie sie jene Klausel voraussetzt, nicht giebt.

2. In Bezug auf das Vormundschaftsrecht ist in den Konsularverträgen mit Griechenland vom 26. November 1881 (RGBl. 82 101) Art. 22 Abs. 4, Italien vom 21. Dezember 1868, 7. Februar 1872 (Bundes-

gesetzblatt **69** 113, Reichsgesetzblatt **72** 134) Art. 11 Nr. 7, Spanien vom 22. Februar 1870, 12. Januar 1872 (Bundesgesetzblatt **70** 99, Reichsgesetzblatt **72** 211) Art. 11 Nr. 8 gleichlautend bestimmt: (Die Konsuln . .) „können eintretenden Falles eine Vormundschaft und Kuratel, den Gesetzen ihres Landes entsprechend, einleiten". Im Konsularvertrage mit Japan vom 4. April 1896 (Reichsgesetzblatt **96** 732) Art. 13 heißt es weitergehend: „Die Generalkonsuln, Konsuln oder Vizekonsuln sollen Vormünder für ihre Landesangehörigen bestellen können, auch befugt sein, nach Maßgabe der Gesetze ihres eigenen Landes die Führung der Vormundschaft oder Pflegschaft zu beaufsichtigen." In den Verträgen mit Serbien vom 6. Januar 1883 (RGBl. **83** 62) Art. 18 Abs. 4 und mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Januar 1885 (RGBl. **86** 209) Art. 24 Abs. 3 heißt es: „Sie (— die Konsuln —) sollen die Vormundschaft oder Pflegschaft über die Angehörigen des Staates, der sie ernannt hat, für alles auf die Nachlaßregelung Bezügliche in Gemäßheit der Gesetze dieses Staates einleiten können. In den Verträgen mit Kostarika vom 18. Mai 1875 (Reichsgesetzblatt **77** 13, 1897 außer Kraft getreten, RGB. **97** 785) Art. 30, mit Salvador vom 13. Juni 1870 (Reichsgesetzblatt **72** 377) Art. 27, Guatemala vom 20. Sept. 1887 (Reichsgesetzblatt **88** 238) Art. 25, Honduras vom 12. Dez. 1887 (RGB. **88** 262) Art. 25, Nicaragua vom 4. Febr. 1896 (Reichsgesetzblatt **97** 171) Art. 25 ist den beiderseitigen Konsuln die Rechtsstellung eines Vormundes der Minderjährigen ihres Landes „unter der Verantwortlichkeit" übertragen, „welche die Gesetze ihres Landes bestimmen".

3. Eine andere Gruppe staatsvertraglicher Kollisionsnormen bringt das Heimathsrecht für das Erbrecht zur Anwendung. Zuerst ist dies, allerdings nur beschränkt und unvollkommen, in Art. 10 der russischen Konvention vom 12. November/31. Oktober 1874 (Reichsgesetzblatt **75** 136) geschehen, in welchem hinsichtlich der Erbfolge in Immobilien die lex rei sitae für maßgeblich erklärt, im Uebrigen aber bestimmt ist: „Ansprüche, welche sich auf Theilung des beweglichen Nachlasses, sowie auf das Recht der Erbfolge in das bewegliche Vermögen beziehen, welches in einem der beiden Länder von Angehörigen des anderen Landes hinterlassen worden ist, werden von den Gerichten oder sonst zuständigen Behörden des Staates, dem der Verstorbene angehörte, und nach den Gesetzen dieses Staates entschieden, es müßte denn ein Unterthan des Landes, in welchem der Nachlaß eröffnet ist, auf die gedachte Hinterlassenschaft Anspruch zu erheben haben. In diesem Falle soll, wenn der Anspruch vor Ablauf der im Artikel 5 festgesetzten Frist (— 6 Monate nach konsularischer Bekanntmachung der Nachlaßeröffnung, in Ermangelung solcher Bekanntmachung ? Monate vom Todestag an gerechnet —) geltend gemacht worden ist, die Prüfung dieses Anspruchs den Gerichten oder sonst zuständigen Behörden des Landes anheimfallen, in welchem der Nachlaß eröffnet worden ist, und diese haben nach den Gesetzen dieses Landes über die Rechtmäßigkeit der Ansprüche des Reklamanten und eintretenden Falles über diejenige Rate zu entscheiden, welche ihm zugetheilt werden soll. — Sobald derselbe wegen dieser Rate befriedigt ist, wird der Ueberrest des Nachlasses an die Konsularbehörde ausgehändigt, welche damit hinsichtlich der übrigen Erben nach den Bestimmungen des Artikels 8 zu verfahren hat", d. h. „nachdem alle dem Nachlasse zur Last fallenden Kosten und Rechnungen nach den im Lande gültigen Tarifen berichtigt worden sind", liquidirt die Konsularbehörde den Nachlaß „und führt ihn an den Berechtigten ab, ohne daß sie anderweit, als ihrer eigenen Regierung, Rechnung abzulegen hat". — Diese Bestimmungen enthalten eine bemerkenswerthe Erläuterung und Ergänzung zu Artikel 25 des Einführungsgesetzes zum BGB.,

zu dem sie in einem engen inneren Zusammenhange stehen. Der zweite Satz des Artikel 25 ist durch die Bestimmungen der deutsch-russischen Erbrechtskonvention nothwendig gemacht. Angesichts dieser Konvention wäre es ein selbstmörderisches Verfahren gewesen, wenn die deutsche Gesetzgebung das Staatsangehörigkeitsprinzip im Erbrechte vorbehaltlos zur Geltung gebracht hätte. Es würde sich daraus nicht nur für die Gegenwart eine krasse Bevortheilung russischer Interessenten gegenüber deutschen Erbschaften ergeben haben, sondern es würde auch für die Zukunft eine Abänderung jener auf vertragsmäßigen Grundlagen beruhenden Abweichung vom Staatsangehörigkeitsprinzip außerordentlich erschwert worden sein, eine Sachlage, welche gegenüber dem vielfach einseitigen und übertriebenen Tadel hervorgehoben werden muß, der namentlich im Auslande gegen jene Bestimmung des Art. 25 erhoben worden ist. Umgekehrt enthält nun jene Bestimmung ein zweckentsprechendes Mittel, um auf den Abschluß von Staatsverträgen hinzuwirken, welche das Staatsangehörigkeitsprinzip konsequent zur Geltung bringen.

Letzteres ist bereits geschehen in dem deutsch-griechischen Konsularvertrage vom 26. November 1881 (RGBl. **82** 101) Art. 23, dem deutsch-serbischen Konsularvertrage vom 6. Januar 1883 (RGBl. **83** 62) Art. 19 und in dem Handelsvertrage mit der südafrikanischen Republik vom 22. Januar 1885 (RGBl. **86** 209) Art. 25, in denen gleichlautend bestimmt ist: „Das Erbrecht, sowie Theilung des Nachlasses des Verstorbenen richten sich nach den Gesetzen seines Landes. Alle Ansprüche, welche sich auf Erbrecht und Nachlaßtheilung beziehen, sollen durch die Gerichtshöfe oder zuständigen Behörden desselben Landes entschieden werden und in Gemäßheit der Gesetze dieses Landes." Dieselbe Bestimmung enthält auch Art. XIV des deutsch-japanischen Konsularvertrags vom 4. April 1896 (RGB. **96** 732). Diese Bestimmungen begründen im Verhältnisse der Vertragsstaaten den Rechtszustand, dessen Verallgemeinerung augenscheinlich dem Ziele des Art. 25 entspricht.

4. Neben den bisher besprochenen Vereinbarungen über Gegenstände des Vormundschaftsrechts und des Erbrechts sind anzuführen die Vereinbarungen des deutschen Reichs über Fragen der Eheschließung. Auch diese Verträge bringen das Prinzip des Heimathrechts zur Geltung.

Sehr weit geht in Bezug auf die Eheschließung das Uebereinkommen mit Salvador vom 13. Juni 1870, das im Art. 8 Nr. 2 (RGB. **72** 377 ff.) bestimmt: „Die Ehe eines Salvadoreners soll in Deutschland und die Ehe eines Deutschen soll in Salvador für gültig angesehen werden, wenn diese Ehe geschlossen ist gemäß den Gesetzen seines Heimathlandes."

Bezüglich des salvadorenischen Abkommens ist, was zunächst die Eheschließungsform betrifft, der Sinn unzweifelhaft der, daß das Heimathrecht nicht etwa zwingend, sondern in favorem matrimonii wahlweise neben der lex loci actus zur Geltung kommen soll, so daß also auch die in der Form des deutschen Rechtes in Deutschland geschlossene Ehe eines Salvadoreners und die in Salvador gemäß dortigem Rechte geschlossene Ehe eines Deutschen gültig ist. Die Regel locus regit actum gilt im fakultativen Sinne neben dem im Vertrage zum Ausdrucke gebrachten Prinzipe des Heimathrechts. So wie die positive Rechtslage augenblicklich ist, kommt sogar dieses letztere Prinzip praktisch für die in Salvador von Deutschen und für die in Deutschland von Salvadorenern geschlossenen Ehen überhaupt nicht zur Anwendung, und zwar deswegen nicht, weil wie in Deutschland so auch in Salvador (Codigo Civil Artt. 122 ff.) das System der obligatorischen Civilehe gilt und weder von Deutschland in Salvador noch von Salvador in Deutschland konsularische oder diplomatische Dienststellen mit der Eheschließungsfunktion betraut sind. Nur theoretisch begründet daher zur Zeit

der Vertrag eine Ausnahme zu dem letzten Satze des Art. 13 EG., indem diese Norm im Verhältnisse zu Salvador ihres zwingenden Charakters entkleidet ist. Praktisch würde nach der bezeichneten Seite hin die Vertragsbestimmung erst in dem Augenblicke werden, wo Salvador etwa zur kirchlichen Eheschließungsform zurückkehrte. In diesem Falle würden in Deutschland vorgenommene kirchliche Eheschließungen von Salvadorenern gültig sein, andererseits würde eine Ermächtigung der deutschen Dienststellen in Salvador zur Vornahme von Eheschließungen in Gemäßheit des Gesetzes vom 4. Mai 1870 zum gebieterischen Bedürfnisse werden, während augenblicklich solches Bedürfniß jedenfalls nicht durch die Rechtslage, sondern höchstens etwa durch unbefriedigende Handhabung der salvadorenischen Behörden gegeben sein könnte.

Nach Wortlaut und Sinn der Vertragsbestimmung genügt für die Formgültigkeit der Eheschließung unter allen Umständen, wenn eine irgendwo von Deutschen oder Salvadorenern geschlossene Ehe dem Heimathrechte des dabei betheiligten Salvadoreners oder Deutschen entspricht, insbesondere also auch dann, wenn die Eheschließung in einem dritten Staate stattfindet, auch der andere Nupturient einem dritten Staate angehört und wenn die Form weder dem Rechte dieses Staates noch der lex loci actus genügt. Diese an sich befremdlich erscheinende Tragweite der Bestimmung ist bei der gegenwärtigen Rechtslage, nämlich zufolge des beiderseits geltenden Prinzips der obligatorischen Civilehe und bei verständiger Beschränkung im Gebrauche des Instituts der konsularischen Eheschließungen praktisch unbedenklich. Sie ist kaum bedenklicher als die Bestimmung im § 10 des deutschen Reichsgesetzes vom 4. Mai 1870, wonach die Eheschließung von den deutschen Vertretern nur dadurch bedingt ist, daß einer der beiden Nupturienten die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Würde Salvador zur kirchlichen Eheschließung zurückkehren, so könnten die Folgen der Bestimmung mißlich werden. Dabei sei hier abgesehen von der dann sich aus dem Vertrag ergebenden Möglichkeit rein kirchlicher Eheschließungen in Deutschland. Wenn aber eine in Frankreich von einem Salvadorener mit einer Französin bloß kirchlich geschlossene Ehe entgegen dem französischen Rechte von uns als gültig behandelt würde, so stände das augenscheinlich nicht nur im Widerspruche mit theoretischen und in den Artt. 11, 13 EG. positiv anerkannten Prinzipien des internationalen Privatrechts, sondern auch mit unmittelbaren praktischen Interessen. Die Revision des Art. 8 Abs. 2 des salvadorenischen Vertrags würde aber nicht nur dann in Erwägung kommen müssen, wenn Salvador zur kirchlichen Eheschließung zurückkehren würde, sondern auch dann, wenn Salvador in hochkultivirten Staaten Eheschließungskonsulate einrichten würde.

Wie schon gesagt, ergiebt sich aus dem Vertrage die Anerkennung der vor deutschen Beamten nach dem Reichsgesetze vom 4. Mai 1870 in anderen Ländern geschlossenen Ehen von Seiten Salvadors. Dies hat praktisches Interesse insbesondere für Ehen, welche gemäß diesem Gesetz in Ländern geschlossen sind, die solche Ehen nicht anerkennen, wie dies z. B. für Peru zutrifft, aber auch für Griechenland, Portugal, Spanien, wo ebenfalls deutsche Konsuln standesamtliche Funktionen haben, ohne daß die vor ihnen geschlossenen Ehen in jenen Ländern gesetzlich anerkannt wären.

Fraglich kann erscheinen, ob die mitgetheilte Vertragsbestimmung auch auf die materiellen Voraussetzungen der Ehe zu beziehen ist, eine Frage, die z. B. in Bezug auf die mit der Pubertät eintretende Ehemündigkeit des salvadorenischen Rechtes praktische Bedeutung gewinnen kann. Der Wortlaut gestattet an sich sowohl die Bejahung als die Verneinung der Frage. Genauere Erwägung führt aber zur Verneinung. Der Wortlaut muß sicherlich restriktiv behandelt werden. Strikt verstanden würde er dazu führen, daß jede Eheschließung, bei welcher

einer der Nupturienten Salvadorener ist, auch in den materiellen Voraussetzungen lediglich nach salvadorenischem Rechte und jede Ehe, bei der ein Deutscher betheiligt wäre, lediglich nach deutschem Rechte beurtheilt würde, das heißt, daß die Anforderungen, die daß Personalstatut des bei der Eheschließung betheiligten Nupturienten einer dritten Nation stellt, gar nicht beachtet würde. Ein Salvadorener könnte eine zwölfjährige Oesterreicherin oder Französin heirathen, und auch deutsche Standesbeamte würden, wenn das dem Sinne des Vertrags entspräche, derartige Eheschließungen nicht weigern dürfen. Die Berufung auf den zwingenden Charakter der deutschen Ehehindernisse würde dem Staatsvertrage gegenüber nicht durchschlagen. Daß vollends im Verhältnisse zwischen deutschen und salvadorenischen Nupturienten jenes Prinzip ad absurdum führt, ist einleuchtend. Daß aber etwa der Sinn der Vertragsbestimmung der wäre, das Heimathrecht solle als „Personalstatut" nur für die Ehevoraussetzungen in der Person der Salvadorener und der Deutschen maßgebend sein, ist durch den Wortlaut völlig ausgeschlossen. So wird man zu der Auffassung gedrängt, daß die Bestimmung lediglich die Eheschließungsform im Auge hat.

Beschränkter als in dem salvadorenischen Vertrage wird für Eheschließungen im Auslande das Staatsangehörigkeitsprinzip in den Verträgen mit Serbien vom 6. Januar 1883 (RGBl. **83** 66) Art. 10, Transvaal vom 22. Januar 1885 (RGBl. **86** 220) Art. 16, Paraguay vom 21. Juli 1887 (RGBl. **88** 178) Art. 3, Italien vom 4. Mai 1891 (RGBl. **91** 113) Art. 1, Japan vom 4. April 1896 (RGBl. **96** 715) Art. 11 zur Anwendung gebracht. Alle diese Vertragsbestimmungen beziehen sich lediglich auf das konsularische Eheschließungsrecht und lehnen sich an das Reichsgesetz vom 4. Mai 1870 an, dessen Bestimmungen mit den Zusätzen und Abänderungen, die sie durch das Reichsgesetz über den Personenstand vom 6. Februar 1875 und das EG. z. BGB. erfahren haben, Bestandtheile jener Verträge sind, indem diese auf die bestehende Gesetzgebung im Ganzen Bezug nehmen. Nach den Verträgen mit Serbien und Transvaal haben nun einseitig die „Generalkonsuln, Konsuln und Vizekonsuln des Deutschen Reichs in Serbien" („in Transvaal"), „soweit sie von ihrer Regierung dazu ermächtigt sind", das Recht, „daselbst bürgerlich gültige Eheschließungen von Angehörigen des Deutschen Reichs nach Maßgabe der Gesetze der letzteren vorzunehmen". Dagegen ist in den Verträgen mit Paraguay, Italien, Japan den beiderseitigen „Generalkonsuln, Konsuln, Vizekonsuln" (in dem Vertrage mit Japan auch „den diplomatischen Vertretern") das Recht beigelegt, „soweit sie nach den Gesetzen des vertragschließenden Theiles, der sie ernannt hat, dazu befugt sind, Eheschließungen von Angehörigen dieses Theiles nach Maßgabe der Gesetze desselben vorzunehmen." Der Vertrag mit Paraguay enthält den Zusatz: „Diese Bestimmung findet nicht auf solche Eheschließungen Anwendung, bei welchen einer der Verlobten Angehöriger des Staates ist, in welchem der Konsul seinen Sitz hat" und dieselbe Bestimmung findet sich mit unbedeutenden sprachlichen Abweichungen in dem japanischen Vertrage. Das Abkommen mit Italien enthält diesen Zusatz nicht, dafür aber die Formulirung: „zwischen Angehörigen dieses Theiles" (anstatt der in den übrigen Verträgen stehenden Formel „von Angehörigen"). Es ergiebt sich hiernach zu dem dritten Satze des Art. 13 EG. die staatsvertragliche Ausnahme, daß im Gebiete des Deutschen Reichs gültige Eheschließungen von Angehörigen der Staaten Paraguay, Italien, Japan vor den konsularischen bzw. diplomatischen Vertretern dieser Staaten in der durch die Gesetzgebung dieser Staaten vorgeschriebenen Form stattfinden können. Aus den mitgetheilten Zusatzbestimmungen der Verträge mit Paraguay und Japan ergiebt sich mit argumentum e contrario, daß dabei nicht nur Angehörige dieser

Staaten, sondern auch Angehörige irgend eines anderen Staates als Nupturienten betheiligt sein können, während vor den italienischen Konsuln die Eheschließung nur zulässig ist, wenn beide Verlobte Italiener sind.

Was die vor deutschen Vertretern in Paraguay, Japan, Italien geschlossenen Ehen betrifft, so gelten für diese dieselben Grundsätze. In Serbien und Transvaal können vor den deutschen Vertretern Ehen auch zwischen Deutschen und Angehörigen des Landes geschlossen werden. Die Bestimmung im § 10 des Reichsgesetzes vom 4. Mai 1870: „Die vorstehenden Bestimmungen über die Eheschließung finden auch Anwendung, wenn nicht beide Verlobte, sondern einer derselben ein Bundesangehöriger ist," bildet einen vorbehaltlos aufgenommenen Bestandtheil der mit den genannten Staaten geschlossenen Verträge. In dem Reichsgesetz ist dafür gesorgt, daß das Recht des Empfangsstaats, abgesehen von der konsularischen Form, in jeder anderen Beziehung zu gebührender Berücksichtigung kommt, indem § 3 vorschreibt: „Der Schließung der Ehe muß ein Aufgebot vorangehen. Vor Beginn desselben sind dem Beamten die zur Eingehung einer Ehe nach den Gesetzen der Heimath der Verlobten nothwendigen Erfordernisse als vorhanden nachzuweisen. Insbesondere haben die Verlobten in beglaubigter Form beizubringen . . . die zustimmende Erklärung derjenigen Personen, deren Einwilligung nach den Gesetzen der Heimath der Verlobten erforderlich ist."

Mit einzelnen Staaten sind von der Reichsregierung Uebereinkommen über die sog. Trauerlaubnißscheine geschlossen. So mit Italien am 3. Dezember 1874 (Centralbl. f. d. D. R. **75** 155), Belgien am 8. Oktober 1875 (Centralbl. f. d. D. R. **75** 719), der Schweiz am 4. Juni 1886 (Centralbl. f. d. D. R. **86** 232). Der Artikel 1 dieser Uebereinkommen lautet: „Deutsche, welche mit Italienerinnen in Italien (Belgierinnen in Belgien, Schweizerinnen in der Schweiz) und Italiener (Belgier, Schweizer), welche mit Deutschen in Deutschland eine Ehe abschließen wollen, sollen, wenn sie ihre Staatsangehörigkeit nachgewiesen haben, nicht mehr verpflichtet sein, durch Vorlegung von Attesten ihrer bezüglichen Heimathsbehörde darzuthun, daß sie ihre Staatsangehörigkeit durch die Eheschließung auf ihre zukünftige Ehefrau und ihre in der Ehe geborenen Kinder übertragen und daß sie demgemäß nach eingegangener Ehe sammt ihrer vorgedachten Familie von ihrem Heimathsstaat auf Erfordern wieder werden übernommen werden."

Dadurch ist die Anwendung der in Gemäßheit des § 1315 BGB. Abs. 2 zugelassenen und bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften begrenzt.

Die genannten Konventionen enthalten ferner im Wesentlichen übereinstimmend in Art. 2 die Formel: „Die beiderseitigen Angehörigen sind jedoch nach wie vor verpflichtet, falls dies in ihrer Heimath oder an dem Orte der Eheschließung gesetzlich vorgeschrieben ist, eine Bescheinigung der zuständigen Landesbehörde darüber vorzulegen, daß der Abschließung der Ehe nach dem bürgerlichen Rechte ihrer Heimath kein bekanntes Hinderniß entgegensteht." (Die Worte „nach wie vor" fehlen in dem Uebereinkommen mit Belgien und der Schweiz, das Wort „bekanntes" fehlt in dem Vertrage mit Italien.)

Die Bestimmung soll offenbar (— die Fassung des ältesten — italienischen — Vertrags läßt dies am deutlichsten erkennen —) zunächst nur die Tragweite der Hauptbestimmung klarstellen und begrenzen, indem festgestellt wird, welche Arten von Attesten durch die Abmachung nicht berührt werden. Insofern ist diese Bestimmung ein logisch überflüssiger und nur der praktischen Verhütung von Mißverständnissen dienender Zusatz. Nicht bloß verdeutlichend, sondern disponirend ist nun aber die Bestimmung, daß die beiderseitigen Angehörigen

verpflichtet sein sollen, falls dies in ihrer Heimath gesetzlich vorgeschrieben ist", eine Bescheinigung ihrer zuständigen Landesbehörde darüber vorzulegen, daß der Abschließung der Ehe nach dem bürgerlichen Rechte ihrer Heimath kein Hinderniß entgegensteht". Hiernach würde ein italienisches Gesetz, welches für die im Auslande stattfindende Eheschließung von Italienern ein Attest der fraglichen Art von Seiten italienischer Behörden vorschriebe, vertragsmäßigen Anspruch auf Anwendung seitens der deutschen Rechtspflegeorgane haben. Derartige Gesetze existiren indessen, soviel zu ermitteln war, in keinem der betheiligten Auslandsstaaten.

Das Eherecht betreffend ist endlich mit Hawaii am 19. September 1879 (RGBl. **80** 121) vertragsmäßig festgesetzt (Art. 2 Abs. 3):

Bei Ehen, welche von deutschen Reichsangehörigen auf den Hawaiischen Inseln und von Angehörigen der Hawaiischen Inseln in Deutschland geschlossen werden, richtet sich die Form der Eheschließung nach den Gesetzen des Landes, in welchem die Ehe geschlossen wird."

Durch Deklaration vom 10. Februar 1880 (RGBl. **80** 143) ist dazu bestimmt: „Der dritte Absatz des Art. 2 . . . ist so zu verstehen, daß die von den Angehörigen des einen Landes in dem anderen in den durch die Gesetze des letzteren vorgeschriebenen Formen abgeschlossenen Ehen auch in dem ersteren Lande als zu Recht bestehend erachtet werden und gelten sollen, vorausgesetzt, daß, in Ansehung der materiellen Erfordernisse der Eheschließung, durch eine solche Ehe kein nach dem Rechte des Heimathlandes auf den speziellen Fall anwendbares Gesetz verletzt oder umgangen ist."

5. International-privatrechtlichen Charakters sind ferner auch die in Handels- und Konsularverträgen des Reichs enthaltenen Bestimmungen, wonach die Konsulate zuständig zur Aufnahme von rechtsgeschäftlichen Urkunden verschiedener Art sind. Solche Bestimmungen finden sich in folgenden Verträgen:

Konsularvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika v. 11. Dez. 1871 (RGBl. **72** 95) Art. IX;

Konsularvertrag mit Spanien v. 12. Jan. 1872 (RGBl. **72** 211) Art. 10;

Konsularvertrag mit Italien v. 7. Febr. 1872 (RGBl. **72** 134) Art. 10;

Konsularvertrag mit Rußland v. 8. Dez. 1874 (RGBl. **75** 145) Art. 9;

Konsularvertrag mit Hawaii v. 25. März/19. Sept. 1879 (RGBl. **80** 121) Art. XVIII;

Konsularvertrag mit Griechenland v. 26. Nov. 1881 (RGBl. **1882** 108) Art. IX;

Konsularvertrag mit Serbien v. 6. Jan. 1883 (RGBl. **1883** 65) Art. IX;

Freundschafts- und Handelsvertrag mit der Südafrikanischen Republik v. 22. Jan. 1885 (RGBl. **1886** 218) Art. 15;

Konsularvertrag mit Japan v. 4. April 1896 (RGBl. **96** 732) Art. X.

In diesen Verträgen — mit Ausnahme allein des griechischen — ist die Gültigkeit der vor den Konsuln stattgefundenen Rechtsakte ausdrücklich in Abhängigkeit von der Gesetzgebung des Staates gestellt, welcher den Konsul entsendet hat. (Die entscheidenden Worte sind: „soweit sie nach den Gesetzen ihres Landes dazu befugt sind", „nach den Gesetzen ihres Landes.") Für den griechischen Vertrag muß nach dem Zusammenhange der Dinge diese Abhängigkeit als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Die effektive Tragweite der Verträge ergiebt sich also erst aus der Gesetzgebung der betheiligten Staaten.

Hinsichtlich der deutschen Konsuln ist § 16 Abs. 1 Gesetzes über Organisation d. Bundeskonsulate v. 8. 11. 1867 (BGBl. 137) maßgebend: „Den Bundeskonsuln steht innerhalb ihres Amtsbezirkes in Ansehung der Rechtsgeschäfte, welche Bundesangehörige errichten, insbesondere auch derjenigen, welche dieselben mit Fremden schließen, das Recht der Notare zu, dergestalt, daß die von ihnen aufgenommenen und mit ihrer Unterschrift und ihrem Siegel versehenen Urkunden den innerhalb der Bundesstaaten aufgenommenen Notariats-Urkunden gleich zu achten sind."

Durch Art. 38 EG. z. BGB. ist hinzugefügt: „Einem Wahlkonsul steht in Ansehung der Errichtung einer Verfügung von Todeswegen das im Abs. 1 bezeichnete Recht der Notare nur dann zu, wenn das Recht ihm von dem Reichskanzler besonders beigelegt ist."

König, Handbuch des deutschen Konsularwesens, (5) 168, bemerkt: „Da der Konsul nicht in der Lage ist, alle in Deutschland geltenden Rechtsnormen zu kennen, so kann er den Parteien darüber keine Auskunft ertheilen, ob diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Beurkundung von ihm verlangt wird, im Bundesgebiete die von den Parteien erwartete rechtliche Gültigkeit haben würden."

Dagegen macht Niemeyer geltend: „Fehlgängig würde der Gedanke sein, daß die Verschiedenheit der in Deutschland bestehenden Formvorschriften zu einer verschiedenen Beurtheilung der konsularischen Notariatsurkunden in den verschiedenen Rechtsgebieten insofern führe, als jedes mit der Frage der Formgültigkeit befaßte deutsche Gericht den Thatbestand so zu beurtheilen hätte, als wenn das betr. Geschäft in seinem speziellen Rechtsgebiete — notariell — abgeschlossen worden wäre, so daß also z. B. die Gerichte im Gebiete des preußischen Landrechts den vor 1900 konsularisch errichteten Testamenten keine Gültigkeit zuzuerkennen hätten, während es seitens der Hamburger Gerichte zu geschehen hatte. Ein deutsches Gericht, vor die Frage gestellt, ob ein im Auslande vor einem deutschen Konsul errichtetes Testament gültig ist oder nicht, hat nur die Wahl zwischen zwei Wegen: Entweder es muß den § 16 dahin interpretiren, „daß die konsularischen Notariatsurkunden eine formgültige Geschäftserrichtung darstellen, wenn nur nach irgend einem der in Deutschland geltenden Landesrechte die notarielle Form für den gegebenen Fall genügt," oder aber man muß den § 16 für sinn- und wirkungslos halten. Im letzteren Falle müßte nach den durch die lex fori gegebenen Regeln des internationalen Privatrechts entschieden werden, welches Recht für die Formgültigkeit des Geschäfts maßgebend ist. Danach dürften die deutschen Gerichte die vor deutschen Konsuln im Ausland errichteten Rechtsgeschäfte nur dann für gültig halten, wenn die Form entweder der lex loci actus genügt (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EG.) oder denjenigen Gesetzen entspricht, „welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältniß maßgebend sind" (Art. 11 Satz 1), immer mit der Maßgabe, daß die konsularische Form unbedingt als notarielle im Sinne aller deutschen Gesetzgebungen zu gelten hat. Ein vor einem deutschen Konsul in Italien geschlossener Ehevertrag würde auf Grund des ersteren Gesichtspunkts gültig sein, auch wenn die lex fori oder das sonst in Betracht kommende Recht gerichtlichen Abschluß fordern sollte, weil Art. 1382 des italienischen Civilgesetzbuchs für Ehepakte lediglich notariellen Abschluß fordert. Das Gleiche gilt für Spanien nach Art. 1321 des Civilgesetzbuchs, da hier nur „escritura publica" gefordert wird, und für das Gebiet der russischen Ostseeprovinzen, da nach Art. 36 des liv-, esth- und kurländischen Privatrechts hier die einfache Schriftform (nur die Städte Livlands sind ausgeschlossen) genügt. In Transvaal dagegen z. B. scheinen Ehepakte über-

haupt nicht anerkannt zu sein, so daß hier die lex loci contractus keine Bestimmung böte, für welche man sich in favorem negotii stützen könnte. Hier würde also nach Art. 11 Satz 1 EG. allein Art. 15 EG. für das anzuwendende Recht maßgebend sein, das heißt, es würde darauf ankommen, welchem Staate der Ehemann angehört. Fordert der deutsche Heimathstaat gerichtlichen Abschluß, so wäre die Errichtung vor dem Konsul unwirksam. Besitzt der Ehemann die Staatsangehörigkeit in zwei deutschen Staaten, von denen der eine gerichtlichen, der andere nur notariellen Abschluß verlangt, so versagt jede Regel."

„Es ist hiernach, wie mir scheint, klar, daß das letztbezeichnete Verfahren zu unbefriedigenden Konsequenzen führt und daß § 16 des Konsulargesetzes in dem vorstehend zuerst bezeichneten Sinn verstanden und angewendet werden muß. Die ganze Frage ist besonders auch unter dem Gesichtspunkte von Interesse, daß die Tragweite der in Rede stehenden Vertragsbestimmungen abhängig ist von dem Inhalte der deutschen Bestimmungen. Das Ergebniß nach dieser Seite ist, daß Amerika, Spanien, Italien, Rußland, Griechenland, Serbien, Transvaal, Japan zufolge der Staatsverträge die in ihrem Gebiete gemäß den Verträgen vor deutschen Konsuln geschlossenen Rechtsgeschäfte als formgültig anzuerkennen haben, wenn nach dem irgendwo im Gebiete des Deutschen Reichs geltenden Rechte für das Geschäft notarieller Abschluß genügt."

„Umgekehrt sind in Gemäßheit jener Verträge die in Deutschland vor den Konsuln Amerikas, Spaniens, Italiens, Rußlands, Griechenlands, Serbiens, Transvaals, Japans geschlossenen Rechtsgeschäfte unsererseits als formgültig anzuerkennen, wenn und soweit sie nach dem Rechte des Absendestaats formgültig sind. Diese Ausnahmen von der Bestimmung des Art. 11 EG. werden als solche praktisch, wenn die konsularische Form an sich weder dem deutschen Rechte (hier in seiner Eigenschaft als lex loci actus) noch demjenigen Rechte genügt, welches das deutsche Recht „für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältniß" als maßgebend erklärt (Art. 11 Satz 1 EG.). Die praktische Bedeutung dieser Ausnahmen besteht hauptsächlich darin, daß die fremden Konsuln als Notare (sowohl im Sinne ihres Heimathrechts als im Sinne des deutschen Rechtes) anerkannt sind, andererseits darin, daß dort, wo das deutsche Partikularrecht im Uebrigen gerichtlichen Abschluß fordert, die konsularische Form genügt, falls dies nach dem Rechte des Absendestaats der Fall ist."

„Dies Alles gilt beiderseits nur unter den Voraussetzungen, durch welche in den genannten Verträgen die Kompetenz der Konsuln näher bestimmt ist, was keineswegs in allen Verträgen gleichmäßig geschehen ist, vielmehr in folgender Weise:

a) Ausnahmslos wird in den Verträgen die Zuständigkeit der Konsuln für Rechtsgeschäfte ausgesprochen, welche sich auf im Absendestaate belegene Immobilien beziehen. Die Staatsangehörigkeit der Kontrahenten ist dabei von keinem Belang. Vor einem griechischen Konsul z. B. können in Deutschland Verträge über griechische Grundstücke auch zwischen zwei Franzosen geschlossen werden.

b) In derselben Unbeschränktheit ist auch bezüglich der Rechtsgeschäfte über im Absendestaate befindliche Mobilien die konsularische Kompetenz ausgesprochen in den Verträgen mit Spanien, Rußland, Serbien, Griechenland. Die Staatsangehörigkeit der Vertragschließenden ist auch hier ohne Belang.

In beiden Anwendungen — zu 1 und 2 — sprechen die Verträge allgemein von Rechtsgeschäften, welche sich auf die in Rede stehenden Immobilien und bzw. Mobilien „beziehen", diese „zum Gegenstande haben", sie „betreffen". Danach sind nicht nur dingliche, sondern auch obligatorische und nicht minder

familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte einzubeziehen. Aber aus dem Wortlaute wie aus dem sachlichen Zusammenhang ergiebt sich (was nur in dem russischen und in dem griechischen Vertrag ausdrücklich gesagt ist), daß nur solche Geschäfte gemeint sind, welche sich speziell und ausschließlich auf Gegenstände im Heimathlande beziehen, und daß diese örtliche Beziehung im Augenblicke der Geschäftserrichtung vorhanden sein muß.

c) Noch weiter geht die Klausel in den Verträgen mit Spanien, Rußland, Griechenland, wonach die Zuständigkeit der Konsulate ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Betheiligten begründet ist für alle „Verträge", die sich beziehen auf „Geschäfte", welche im Absendestaate „zu verhandeln sind" oder, wie es deutlicher und treffender in dem serbischen Vertrage heißt, „die Angelegenheiten betreffen, welche dort zur Erledigung kommen sollen". Keinen anderen Sinn darf man hinter den Worten der Verträge mit den Vereinigten Staaten, Hawaii, Transvaal, Japan suchen: „Verträge, welche sich auf ein daselbst abzuschließendes Geschäft beziehen". Wie in der Beziehung zu 1 und 2, so muß auch hier als sinngemäßes Erforderniß betrachtet werden, daß die Verträge sich speziell und ausschließlich auf Geschäfte beziehen müssen, welche im Heimathstaat „Erledigung" finden sollen. — Im Vertrage mit Italien fehlt jede Klausel dieser Art.

d) Nach allen genannten Verträgen sind die Konsuln ohne Einschränkung zuständig für die Aufnahme von letztwilligen Verfügungen der Angehörigen des von ihnen vertretenen Staates. Eine scheinbare Beschränkung in dieser Beziehung findet sich insofern in dem griechischen Vertrag, als es dort zunächst heißt: „Die Konsuln u. s. w. haben das Recht, in ihrer Kanzlei sowohl als auch in der Wohnung der Betheiligten und an Bord der Schiffe ihrer Nation Erklärungen aufzunehmen", und dann: „Sie sind in gleicher Weise befugt, als Notare die letztwilligen Verfügungen ihrer Landesangehörigen aufzunehmen. „Eine Beschränkung der Zuständigkeit auf die genannten Oertlichkeiten kann aber nicht beabsichtigt sein. Das in dem französischen Texte dem deutschen „in gleicher Weise" entsprechende „égalemement" bedeutet nichts Anderes als „ebenso" und es handelt sich daher um eine einfache schwache Konjunktion.

e) Für alle Rechtsgeschäfte, bei denen lediglich Staatsangehörige des Absendestaats betheiligt sind, werden die Konsuln ohne jede weitere Einschränkung für zuständig erklärt durch die Verträge mit Spanien (— hier ist aber Abschluß „in den Kanzleien" vorgeschrieben —), den Vereinigten Staaten, Hawaii, Transvaal, Japan. Die gleiche Bestimmung steht in dem russischen, serbischen, griechischen Vertrage, jedoch mit Einschränkungen. — Der russische Vertrag fügt hinzu: „Wenn diese Verträge aber die Bestellung einer Hypothek oder ein anderes Rechtsgeschäft über Grundstücke zum Gegenstande haben, welche in dem Lande belegen sind, wo der Konsul seinen Amtssitz hat, so müssen sie in der Form und nach Maßgabe der besonderen Bestimmungen, welche die Gesetze dieses Landes vorschreiben, abgefaßt sein." Im griechischen Vertrage heißt es: „Wenn die . . . erwähnten Rechtsgeschäfte sich auf Grundeigenthum beziehen, so sollen sie nicht eher rechtsgültig sein, als bis ein Notar oder anderer öffentlicher Beamter des Landes dabei mitgewirkt und sie mit seiner Unterschrift versehen haben wird." Der serbische Vertrag bestimmt: „Bezieht sich jedoch die Rechtshandlung auf eine Angelegenheit, welche in dem Staate ihres Amtssitzes zur Erledigung kommen soll, so sind die Konsularbeamten zur Aufnahme und Beurkundung nur berechtigt, wenn die fragliche Handlung nach den Gesetzen

dieses Staates zu dem Geschäftskreise der daselbst zur Aufnahme und Beurkundung von Rechtshandlungen berufenen Beamten (in Deutschland der Notare) gehört. Auch muß die Handlung, falls sie die Bestellung einer Hypothek oder ein anderes Rechtsgeschäft hinsichtlich eines unbeweglichen Gegenstandes betrifft, welcher in dem Staate des Amtssitzes des Konsularbeamten belegen ist, in den durch die Gesetze dieses Staates vorgeschriebenen Formen und unter Beobachtung der sonstigen Bestimmungen dieser Gesetze abgefaßt werden."

f) Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, bei deren Abschluß außer Angehörigen des Absendestaats Angehörige des Empfangsstaats betheiligt sind — abgesehen von den zu 1 bis 3 bezeichneten Thatbeständen — wird die Zuständigkeit der Konsuln ohne Einschränkung in den Verträgen mit Spanien und Italien bestimmt, während nach den Verträgen mit Rußland, Griechenland, Serbien die Zuständigkeit nur mit den Einschränkungen besteht, welche unter Nr. 5 mitgetheilt sind.

g) Nach den Verträgen mit Italien, Griechenland, Serbien, den Vereinigten Staaten, Hawaii, Transvaal, Japan (nicht nach denjenigen mit Spanien und Rußland) sind bezüglich der zu 6 bezeichneten Grundsätze den Angehörigen des Empfangsstaats alle anderen Einwohner dieses Staates gleichzustellen, also auch Angehörige dritter Staaten, was aus dem Vertrage mit Serbien (mittelst Arguments aus Art. 9 Abs. 4 „oder eines dritten Staates") besonders deutlich erhellt."

6. Mit einer Reihe von Auslandsstaaten sind über die Stellung der Handelsgesellschaften und insbesondere der Aktiengesellschaften Vereinbarungen getroffen worden, deren Inhalt verschieden ist. Einzelne Staaten haben ihrerseits einseitig den deutschen „Aktiengesellschaften und sonstigen kommerziellen, industriellen und finanziellen Gesellschaften", „wenn sie nach den am Orte ihres Domizils geltenden Gesetzen errichtet und als zu Recht bestehend zugelassen sind", das Recht des Auftretens vor Gericht gewährt. So England (RGBl. 74 143) und Belgien (RGBl. 74 380). Weitergehend hat Italien (RGBl. 73 280) unter gleichen Voraussetzungen der deutschen Gesellschaften die Befugniß eingeräumt, „die ihnen zustehenden Rechte, insbesondere das Recht des Auftretens vor Gericht, auszuüben." Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht wird durch diese Abmachungen offenbar nicht berührt. Die Bestimmung des österreichisch-ungarischen Handelsvertrags vom 6. Dezember 1891 (RGBl. 92 9) Art. 19 Abs. 5 kommt für das Privatrecht nicht in Betracht. Die Aktien-, Aktienkommandit- sowie Versicherungsgesellschaften jeder Art sollen beiderseits „in dem Gebiete des anderen Theiles nach Maßgabe der daselbst geltenden gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen zum Geschäftsbetrieb und zur Verfolgung ihrer Rechte vor Gericht" zugelassen werden. Das ist verwaltungsrechtlich und prozeßrechtlich, nicht privatrechtlich zu verstehen. Dagegen hat materiell privatrechtliche Bedeutung die Meistbegünstigungsklausel der Handelsverträge mit Griechenland vom 9. Juli 1884 (RGBl. 85 25) Art. 4, mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Januar 1885 (RGBl. 86 209) Art. 4, mit Serbien vom 21. August 1892 (RGBl. 93 269) Art. 2, Oranjefreistaat vom 28. April 1897 (RGBl. 98 93) Art. 5, welche lautet: „Aktiengesellschaften und sonstige kommerzielle, industrielle oder finanzielle Gesellschaften, welche in dem Gebiete des einen der vertragschließenden Theile nach Maßgabe der dort geltenden Gesetze errichtet sind, sollen in dem Gebiete des anderen Theiles alle Rechte auszuüben befugt sein, welche den gleichartigen Gesellschaften der meistbegünstigten Nation zustehen." Daß zu den hier hypothetisch eingeräumten Rechten insbesondere auch das Recht der juristischen Persönlichkeit mit

seinen Konsequenzen gehört, ist nicht zu bezweifeln. Die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit der griechischen, südafrikanischen, serbischen Gesellschaften in Deutschland ist hiernach bedingt und auch im Einzelnen näher bestimmt durch die den gleichartigen Gesellschaften anderer Staaten eingeräumte Meistbegünstigung. Der meistbegünstigte und darum maßgebende Staat ist bisher zufolge des Art. 4 des Handelsvertrags vom 10. Februar 1894 (RGBl. **94** 156) Rußland gewesen: „Aktiengesellschaften und andere kommerzielle, industrielle und finanzielle Gesellschaften, welche in einem der beiden Länder nach den bestehenden Gesetzen errichtet worden sind und dort ihren Sitz haben, sollen in dem anderen Lande als gesetzlich bestehend anerkannt werden und dort namentlich das Recht haben, vor Gericht als Kläger oder als Verklagte Prozesse zu führen."

7. Kollisionsnormen für privatrechtliche Materien enthält auch das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 (RGBl. **92** 793). Die wichtigste findet sich in Art. 22: „Die Wirkungen des Pfandrechts (— d. h. des gesetzlichen Pfandrechts der Eisenbahnen am Frachtgut —) bestimmen sich nach dem Rechte des Landes, wo die Ablieferung erfolgt."

8. In Bezug auf den Gothaer Vertrag von 1851 führt Neumeyer, Annalen **35** 394 ff. aus:

a) „Art. 3 III des Gothaer Vertrags enthält besondere Kollisionsnormen für die Beurtheilung der Gültigkeit einer Ehe, auf Grund deren die Uebernahme eines Auszuweisenden stattfinden oder unterbleiben soll. Diese Bestimmung ist in Kraft geblieben im Verhältnisse der deutschen Bundesstaaten zu Luxemburg, dagegen außer Kraft getreten im Verhältnisse der deutschen Bundesstaaten zu einander. Die ergänzende Vereinbarung von 1854, daß von einer gerichtlichen Nichtigkeitserklärung Abstand genommen werden könne, auch wenn das maßgebende Recht eine solche verlange, gilt auch neben Art. 13 EG. unberührt weiter.

b) Wo der Gothaer Vertrag von 1851 die Uebernahme eines Auszuweisenden davon abhängig macht, daß seine Ehe mit einer anderen Person aufgelöst ist, oder daß er zu einer anderen Person im Verhältniß eines ehelichen, legitimirten oder adoptirten Kindes steht, da entscheidet im Verhältnisse der deutschen Bundesstaaten zu einander über die Frage, ob ein solcher Thatbestand gegeben ist, das durch Artt. 9, 17, 18, 22 EG. bezeichnete Recht. Im Verhältnisse der deutschen Bundesstaaten zu Luxemburg aber entsteht eine Uebernahmepflicht nur dann, wenn der vorausgesetzte Thatbestand sowohl nach den deutschen als auch nach den luxemburgischen Kollisionsnormen zu Recht besteht."

VII. Ermittelung des ausländischen Rechtes.

1. Das **RG.** (Gruchots Beitr. **43** 1231) hat sich in einem Urtheile des IV. CivSen. v. 15. Mai 1899 (IV 58/99) dahin ausgesprochen: „(Nach § 265 CPO. a. F. = § 293 n. F.) „liegt dem Prozeßrichter die Pflicht ob, auch die in Anwendung zu bringenden Normen des in einem anderen Staate geltenden Rechtes selbständig zu ermitteln. Selbst übereinstimmende Erklärungen der Parteien können ihn in dieser Hinsicht weder binden und beschränken, noch auch der eigenen Prüfung überheben. Auch von einer Beweislast des einen oder anderen streitenden Theiles kann hierbei keine Rede sein. Das Gericht hat überall und grundsätzlich stets diejenigen Rechtsnormen anzuwenden, welche das maßgebende Rechtsverhältniß örtlich beherrschen. Gehören dieselben einem anderen Staate an, und sind sie in diesem Falle dem erkennenden Richter fremd, so muß er auch diese Normen, unter Beachtung der Parteianträge und ohne Rücksicht auf eine Beweislast, von Amtswegen erforschen, soweit es ihm möglich ist."

Uebereinstimmend: Zitelmann a. a. O. 288.

Planck 25 Nr. 7: „Der Richter hat von Amtswegen das zur Anwendung kommende Recht zu ermitteln, hat aber, wenn er auf diesem Wege Gewißheit nicht erlangen kann, diejenige Partei, deren Recht von dem anzuwendenden ausländischen Rechte abhängt, zum Beweis aufzufordern."

Vgl. im Uebrigen die Literatur zu § 293 CPO.

2. Wie ist es, wenn der Richter den Inhalt des ausländischen Rechtes thatsächlich nicht ermitteln kann?

Zitelmann a. a. O. 289: „Es bleibt hier nach geltendem Rechte nichts Anderes übrig, als daß so verfahren wird, wie wenn die Partei eine von ihr behauptete Angriffs- oder Schutzthatsache nicht bewiesen hätte. Der Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen, und analog steht es mit einer Einrede des Beklagten."

Uebereinstimmend Niemeyer, Vorschläge und Materialien 37 und Planck a. a. O. („weil ein Recht nur begründet ist, wenn es vom Gesetz anerkannt ist, diese Anerkennung aber in dem gedachten Falle nicht feststeht").

Hingegen vertritt Riedner a. a. O. 19 noch den vom RG. a. a. O. speziell zurückgewiesenen, in der älteren Praxis allerdings vielfach befolgten Satz, daß die Uebereinstimmung des ausländischen mit dem inländischen Rechte zu präsumiren sei.

Dorner, Komm. z. Bad. RPolG. 299 ff.: „Der in Artt. 7 ff. auf Anwendung des fremden Rechtes gerichtete Befehl des inländischen Gesetzes reicht nur soweit, als das fremde Recht erkennbar ist; eine solche Einengung seiner Tragweite bedeutet nicht ein Sicherheben über das positive Recht, sondern nur eine die natürliche Schranke menschlicher Ordnungen berücksichtigende Feststellung des Sinnes und Umfanges des gesetzlichen Gebots. Die Bedenken dawider bei Zitelmann (Internat. Privatr. I 289) sind somit nicht durchschlagend, und die daselbst vertretene andere Lösung, die auf der Annahme beruht, es bestehe in dem betreffenden fremden Staate überhaupt keine die fragliche Motive regelnde Rechtsordnung, beseitigt die Schwierigkeiten jedenfalls nicht für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit (insbesondere betreffs der Frage der vormundschaftlichen Fürsorge für ausländische Minderjährige u. dgl.)."

Abschnitt II.

Einzelfragen.

I. Rechtsfähigkeit physischer Personen.

Die allgemeine Rechtsfähigkeit ist nach dem Rechte der Staatsangehörigkeit zu beurtheilen. Riedner 21.

Damit übereinstimmend Entsch. d. RG. 32 173, wo die Parteiunfähigkeit einer bei uns klagenden ausländischen (russischen) Nonne angenommen wird, soweit solche deren Heimathrecht statuirt.

Die allgemeine Rechts- und Parteifähigkeit muß nach BGB. § 1 EG. Art. 30 jedem Menschen, ob In- ob Ausländer, zugestanden werden. Neumann Note III 2 zu Art. 7 (13).

Die besondere Rechtsfähigkeit ist nach dem Rechte zu beurtheilen, welches über das Rechtsverhältniß entscheidet, bei dem sie in Frage kommt. Niemeyer 119, Neumann III 13, Riedner 21.

II. Geschäftsfähigkeit (Art. 7).

Es macht für die Anwendung des Art. 7 keinen Unterschied, ob die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Ausländers unmittelbar auf Gesetz oder

auf einer kraft Gesetzes erfolgten obrigkeitlichen Verfügung (Entmündigung, Strafurtheil, Konkurseröffnung) beruht. Niemeyer, 124.

Die Bestimmungen der Artt. 8, 9 und 23 sind als Ausnahmen von dem in Art. 7 Abs. 1 aufgestellten Grundsatze zu erachten, der auch die Beurtheilung der Entmündigung, der Todeserklärung und der Vormundschaftsbestellung nach dem dort für anwendbar erklärten Gesetze fordert. Keidel a. a. O. 20—24.

Die Ausnahmebestimmung des Art. 7 Abs. 3 ist im Interesse speziell des inländischen Verkehrs getroffen, ein Exklusivsatz und daher eine analoge Anwendung auf im Auslande geschlossene Rechtsgeschäfte unzulässig. Niemeyer 125, Niedner 24, Planck 31, Kuhlenbeck EG. 24. Abweichend Neumann, Handausgabe zu Art. 7.

Anders verhält es sich mit der Bestimmung des Abs. 2: sie ist nur scheinbar eine Ausnahme, in Wirklichkeit bringt sie ein neues Prinzip zum Ausdruck (entspringend dem Standpunkt internationalistischer Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit), den Grundsatz nämlich, daß der Wechsel der Statuten auf die einmal erworbene Großjährigkeit keinen Einfluß haben soll. Niedner 24, Niemeyer 126—128. Aehnlich Neumann a. a. O. Gegen die analoge Ausdehnung Zitelmann I 235, II 63, Planck 30.

„Noch ist zu bemerken, daß die Anwendung des Art. 7 Abs. 2 nicht auf die Fragen der Geschäftsfähigkeit zu beschränken ist, obwohl der Zusammenhang mit dem lediglich die Geschäftsfähigkeit betreffenden Abs. 1 darauf schließen lassen könnte. Die familien- und vormundschaftsrechtlichen Fragen sind mit den Fragen der Geschäftsfähigkeit untrennbar verbunden.“ Niemeyer 128.

Während Dispositionsbeschränkungen in der Ehe, welche als Folge des ehelichen Güterrechts eintreten können (z. B. Beschränkung der Schenkung unter Ehegatten) sich nach dem Güterrechte richten, wird die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau gemäß Art. 7 nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dem die Person angehört, falls ein Zusammenhang mit dem Güterrechte nicht besteht. Silberschmidt, Böhms Z. 8 104. Niedner 23.

Die ausländische Ehefrau gilt auch für die im Inlande vorgenommenen Rechtsgeschäfte als geschäftsfähig, wenn sie nach den deutschen Gesetzen rechtsfähig sein würde. Eine ausländische, im Inland ein Gewerbe treibende Ehefrau haftet für die aus diesem Gewerbe sich ergebenden Verpflichtungen unbeschränkt mit ihrem Vermögen; außerdem aber haftet im Falle einer Gütergemeinschaft das gemeinschaftliche Vermögen. Frankenburger, Monatsschrift f. Handelsrecht, 8 70.

Die Behörden welches Staates zur Großjährigkeitserklärung zuständig sind, welche Wirkungen die Willenserklärung einer ganz oder theilweise geschäftsunfähigen Person hat, in welcher Weise die Mängel einer derartigen Willenserklärung behoben werden können; alle diese Fragen sind nach dem gemäß Art. 7 anwendbaren Gesetze zu entscheiden. Keidel a. a. O. 19, 20.

Nach dem Gesetz ihres Heimathstaats bestimmt sich auch, ob eine Person testierfähig ist. Niedner 22, Keidel a. a. O. 267.

Die Bestimmung des Art. 7 Abs. 3 kommt zur Anwendung ohne Rücksicht, nach welchem Gesetze das in Deutschland vorgenommene Rechtsgeschäft sonst zu beurtheilen ist. Keidel a. a. O. 20.

III. Entmündigung (Art. 8).

1. Die im Auslande gemäß dem Heimatrecht erfolgte Entmündigung eines Ausländers ist bei uns anzuerkennen. Niedner 26, Niemeyer 125, Zitelmann II 103, Planck 33.

2. Ist die nach ausländischen Gesetzen erfolgte Entmündigung eines im Auslande wohnenden, bzw. aufhältlichen Deutschen bei uns anzuerkennen?

Bejaht von Niedner 26 2c, Cosack I 75.

Dagegen Niemeyer 124: „Daß die im Auslande gemäß den dortigen Gesetzen erfolgte Entmündigung Deutscher, welche dort wohnen oder, falls sie vagabundi sind, sich dort aufhalten, anzuerkennen wäre, widerspricht dem Zusammenhang und dem Zwecke des Art. 8." Ebenso Zitelmann II 103.

Vermittelnd Neumann III Note II 2: „Eine im Auslande von ausländischen Behörden erfolgte Entmündigung eines Deutschen ist im Inlande jedenfalls dann nicht anzuerkennen, wenn die thatsächliche Feststellung nicht die Entmündigung nach deutschem Rechte rechtfertigt. Ob die Entmündigung selbst unter diesen Voraussetzungen anzuerkennen, ist sehr zweifelhaft."

3. Die Geschäftsfähigkeit von Ausländern, welche in ihrem Heimathsstaat entmündigt sind, ist nach Art. 7 zu beurtheilen. Neumann a. a. O., Niemeyer 124, Zitelmann II 103.

4. Der Anwendungsbereich der Normen über die Entmündigung und Todeserklärung wird in diesen Artikeln nicht nur hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen, sondern auch hinsichtlich der formellen Voraussetzungen dieser Rechtsinstitute (Zuständigkeit, Verfahren) geregelt. Niedner a. a. O. 22, 25.

IV. Verschollenheitserklärung (Art. 9).

1. Zitelmann II 109: „Als Prinzip betrachtet Art. 9, daß die Todeserklärung im Heimatstaat zu erfolgen hat."

2. Die maßgebenden Rechtssätze bei der Todeserklärung sind theils formaler, theils materieller Natur; ein verschiedenes Statut ist jedoch für diese beiden Seiten des Rechtsverhältnisses wegen ihres untrennbaren Zusammenhanges nicht denkbar. Niedner 28, Niemeyer 120, Planck 35.

3. a) Art. 9 Abs. 1 enthält das Prinzip, daß Deutsche nur von deutschen Gerichten und gemäß dem deutschen Rechte für todt erklärt werden können. Die Todeserklärung eines Deutschen durch das Ausland ist bei uns nicht anzuerkennen. Abs. 2 enthält eine nicht analog ausdehnbare Ausnahme von dem Prinzipe. Zitelmann II 109, Niemeyer 120 f., Barazetti 33. Planck 35.

Dagegen Niedner 29: „Die Todeserklärung eines Deutschen im Ausland ist für den Fall, daß lediglich ausländische Rechtsverhältnisse in Frage stehen, jedenfalls anzuerkennen; aber auch darüber hinaus in anderen Fällen."

Neumann III Note 4 zu Art. 9: „Die Todeserklärung eines Deutschen im Auslande wird nur insoweit anzuerkennen sein, als es sich um Verhältnisse handelt, für welche in Art. 28 das Territorialitätsprinzip anerkannt ist." Aehnlich Planck 35.

b) Die Todeserklärung eines Ausländers im Ausland außerhalb seines Heimathsstaats wird in Deutschland jedenfalls soweit anzuerkennen sein, als sie durch die Gesetzgebung des Heimathsstaats des Verschollenen anerkannt wird. Neumann zu Art. 9 III 2. Uebereinstimmend Niedner 29.

Die Wirkungen einer gemäß Art. 9 Abs. 2 erfolgten Todeserklärung beschränken sich auf diejenigen unter deutschem Rechte stehenden Verhältnisse, welche durch den Tod des Verschollenen eine Aenderung erleiden. — Ausnahme in Abs. 3. — Keidel a. a. O. 24.

Abs. 3. Die Bestimmungen des Art. 9 Abs. 3 (ebenso wie jene des § 606 Abs. 2 u. 3 CPO.) bezwecken unzweifelhaft einen besonderen Rechtsschutz der Inländerin. Mariolle, Böhms Z. 9 105.

V. Juristische Personen (Art. 10).

Plotke: Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen nach dem BGB. und einzelnen Ausführungsgesetzen. Böhms Z. 10 211 ff. (Mamelok, Die juristischen Personen im IPR., Zürich, zieht das neue deutsche Recht nicht in Betracht.)

1. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit eines ausländischen Vereins seitens des Bundesraths enthebt den Richter der Nachprüfung, ob der Verein auch nach ausländischem Rechte Rechtsfähigkeit besitzt. Niedner 32 zu Art. 10 Nr. 4.

Entgegengesetzt Niemeyer 129, Barazetti 38, Zitelmann II 118, Planck 39: („Beide Voraussetzungen müssen zusammentreffen.")

2. Wie der Reichsbehörde die Anerkennung zusteht, so kommt ihr allein zweifellos die Befugniß zu, dieselbe zurückzunehmen. Niedner 32.

3. „Die Staatsangehörigkeit des Vereins ist unabhängig von der Staatsangehörigkeit seiner Mitglieder, selbst wenn seine Mitglieder sämmtlich die gleiche Staatsangehörigkeit haben sollten; sie ist an sich auch unabhängig von dem Sitze des Vereins (vgl. BGB. § 23). Entscheidend ist vielmehr das Recht, auf welches sich die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person gründet. Hiermit steht auch § 2 Abs. 2 d. Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 insofern im Einklange, als den Deutschen gleichgeachtet werden juristische Personen, wenn ihnen durch den Bundesrath — oder nach bisherigem Rechte durch einen Bundesstaat — die Rechtsfähigkeit verliehen worden ist. Andererseits spricht der Umstand, daß die juristischen Personen, welche im Reichsgebiet oder in einem Schutzgebiet ihren Sitz haben, den Deutschen gleichgeachtet, d. h. der deutschen Konsulargerichtsbarkeit unterworfen werden, nicht gegen die hier vertretene Auffassung, da sich hieraus für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer im Inlande domizilirten ausländischen juristischen Person nichts ergiebt." Neumann III Note II 2 b.

4. Auf ausländische Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden diejenigen Grundsätze Anwendung, welche in dem betreffenden Staate, in welchem der Verein seinen Sitz hat, hinsichtlich der Gesellschaft in Geltung sind; mit der Modifikation jedoch, daß unter allen Umständen die für den Verein Handelnden persönlich und solidarisch haften (§ 54 Satz 2 BGB.). Plotke a. a. O. 211.

5. Das OLG. Kiel hat ausgeführt (Böhms Z. 12 102): „Eine gesetzliche Vorschrift, nach welcher die Rechtsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person nach den Gesetzen desjenigen Staates zu beurtheilen sei, in welchem sie ihren Sitz hat, besteht allerdings nicht. Das EG. hat den in den beiden Entwürfen aufgestellten Satz des erwähnten Inhalts nicht aufgenommen, sondern bestimmt im Art. 7 nur, daß die Geschäftsfähigkeit einer Person nach den Rechten des Staates beurtheilt werden soll, dem die Person angehört. Allgemeine Gesichtspunkte lassen aber den in den beiden Entwürfen aufgestellten Grundsatz trotz seiner Streichung als auch für das geltende Recht zutreffend erscheinen. Es führt dazu schon die Erwägung, daß es an jeder Möglichkeit fehlt, die Rechtsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person nach anderen Gesetzen als denjenigen ihres Staates, etwa nach den deutschen Gesetzen, zu beurtheilen. Dazu kommt, daß der Art. 10 eine Ausnahme enthält, welche um ihres Ausnahmecharakters willen dafür spricht, daß als Regel in allen dem Art. 10 nicht unterstehenden Fällen das ausländische Recht über die Rechtsfähigkeit der ausländischen juristischen Person entscheidet. Art. 10 bestimmt, daß ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach §§ 21, 22 BGB. erlangen könnte, als rechtsfähig gelten soll, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des

Bundesraths anerkannt ist. Diese Ausnahme bezieht sich also nur auf Vereine der in §§ 21, 22 gedachten Art, nicht auf Vereinigungen, deren Rechtsfähigkeit, wenn sie im Inlande bestände, sich nach anderen Gesetzen, als den genannten Paragraphen, z. B. nach dem HGB. u. s. w., richten würde."

6. Zu Art. 6 des preuß. AG. z. BGB.: „Für die Frage, ob letztwillige Zuwendungen von Deutschen, welche im Auslande wohnen, an ausländische juristische Personen der resp. deutschen landesherrlichen Genehmigung bedürfen, ist entscheidend, ob diejenigen, welche die Zuwendung zu verabfolgen haben, im Inlande wohnhaft sind; nur wenn dies nicht der Fall ist, wird die landesherrliche Genehmigung erforderlich sein, im anderen Falle nicht." Plotke a. a. O. 215.

VI. Form der Rechtsgeschäfte (Art. 11.)

Rundstein, Die Regel „locus regit actum" im IPR. des BGB. A.bürgR. **20** 192 ff.; Zitelmann a. a. O. II 143 ff.

1. „Der Sinn, in welchem Art. 11 EG. den Begriff der „Formvorschrift" gebraucht, erheischt die Einschränkung auf zweifellose „Solennitäten", als da sind Schriftform, Eigenhändigkeit, Erforderniß höchstpersönlicher Erklärung, Errichtung vor Gericht, Notar oder sonstigen Behörden, Eidesform, Zuziehung von Zeugen, Gebrauch bestimmter Worte, Formulare, Siegelung, Stempelung. Das Erforderniß von Willenserklärungen besonderen Inhalts, oder von Willenserklärungen dritter Personen gehört nicht dahin. Ebensowenig das Moment der Empfangsbedürftigkeit." Niemeyer 112. Uebereinstimmend Zitelmann II 154 ff., besonders 156.

2. Nach Maßgabe der Ausnahmevorschrift des Art. 11 Abs. 2 ist lediglich die Frage zu entscheiden, ob das Rechtsgeschäft gültig ist oder nicht, aber nicht etwa auch die Frage nach dem Grade der Ungültigkeit, oder, anders ausgedrückt, nach deren Folgen. Der strikte Charakter des Art. 11 nöthigt auch hier zu einer strikten Interpretation. Niemeyer 114.

Entgegengesetzt Niedner 35 Nr. 4: „Dasjenige Statut, welches die mildere Wirkung für die Verabsäumung der Form androht, ist entscheidend.

3. „Für den Gesichtspunkt des in fraudem legis agere läßt Art. 11 keinen Raum. Die Absicht, durch Errichtung eines Rechtsgeschäfts im Auslande den schwereren Formvorschriften des Heimathlandes oder der lex domicilii zu entweichen, ist gleichgültig. Art. 11 selbst stellt gerade die Formen der verschiedenen Rechtsgebiete zur Verfügung der Betheiligten." Niemeyer a. a. O.

„Es wäre aber zu weit gegangen, wenn man aus dem gleichen Gesichtspunkte die Anwendbarkeit des Art. 30 EG. in Bezug auf Formvorschriften gänzlich leugnen wollte. Die Anerkennung ausländischer Formvorschriften kann sehr wohl gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen. Auch Abs. 2 Art. 11 ist für das Gegentheil nicht zu verwerthen." Niemeyer 116. Uebereinstimmend Planck 42 und Neumann a. a. O. Ziff. 3 c.

Dagegen Niedner 36: „Der Abs. 2 des Art. 11 ist gewissermaßen ein Anwendungsfall des Art. 30 und dessen Anwendung damit erschöpfend individualisirt."

Gegen Niedner und mit Niemeyer, Neumann und Planck entscheidet OLG. Karlsruhe, Urtheil v. 11. Juli 1901 III. Sen., Böhms Z. **11** 458: In einem Falle, in welchem die eine Partei sich für die Gültigkeit einer bloß privatschriftlichen Verpfändung eines Geschäftsantheils an einer Gesellschaft m. beschr. Haft. auf Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EG. und auf die Vorschrift des Art. 215 des schweizerischen Obligationsrechts berief, da letzterer für Verpfändung einer Forderung neben Benachrichtigung des Schuldners, Uebergabe des Schuld-

scheins nur schriftliche Beurkundung der Verpfändung verlange, erkannte das OLG. Art. 30 EG. schließe die Anwendbarkeit des Art. 11 Abs. 1 S. 2 EG. aus. Denn die durch § 15 Abs. 3 des Ges. betr. Gesellschaft m. beschr. Haft. in Verbindung mit § 1274 BGB. vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Verpfändung bezwecke, die Geschäftsantheile nicht Gegenstand des Handelsverkehrs werden zu lassen. Diesem Zwecke des deutschen Gesetzes werde aber direkt ins Gesicht geschlagen, wenn der deutsche Besitzer eines Geschäftsantheils ins Ausland gehe und dort in der leichteren Form die Verpfändung vornehme, um der Beobachtung der deutscherseits vorgeschriebenen Form los und ledig zu sein.

4. Satz 1 ist das Gebot juristischer Konsequenz. Satz 2 verdankt Entstehung und Anerkennung den Bedürfnissen des Verkehrs. Er giebt die Regel locus regit actum in ihrer fakultativen Bedeutung. Meyerowitz, Ztschr. f. intern. Priv. u. Strafr. **10** 2, 3. Daselbst wird Zweck und Entstehungsgeschichte des Satzes locus regit actum erörtert und bei Anm. 3 eine Zusammenstellung der einschlägigen Literatur gegeben. Für die Eheschließung innerhalb des Gebiets des Deutschen Reichs hat die Regel locus regit actum zwingende Bedeutung. Meyerowitz a. a. O. 4 ff.

5. Die Bestimmung des Abs. 2 gilt nur für solche Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar eine Veränderung in den Rechten an einer Sache erzeugt wird, Keidel a. a. O. 28; auch Eheverträge äußern eine dingliche Wirkung nur, wenn sie den Gesetzen des Ortes der belegenen Sache entsprechen, a. a. O. 45.

Soweit die Kollisionsnorm des Abs. 1 Satz 1 auf die in Art. 27 aufgeführten Kollisionsnormen, z. B. Art. 25, Bezug nimmt, bzw. soweit die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsbegriff für die Kollisionsnorm entscheidend ist, greift auch Art. 27 EG. Platz, obgleich derselbe den Art. 11 nicht ausdrücklich erwähnt. Dagegen findet Art. 27 keine Anwendung, soweit die lex loci actus in Betracht kommt. Niedner a. a. O. 31, 33.

6. Die Bestimmungen des Art. 11 Abs. 1 sowohl Satz 1 wie Satz 2 gelten auch für die Eheschließung, soweit nicht in Art. 13 Abs. 3 eine Ausnahme gemacht ist. Keidel 39 bis 42. Ebenso Keidel (Mariolle) in Seuff. Bl. **55** 130.

7. Die Bestimmungen des Art. 11 Abs. 1 gelten auch für Eheverträge sowohl von Deutschen im Auslande wie von Ausländern im Inlande. Keidel 44.

Soweit der Ehevertrag die vermögensrechtlichen Seiten der Ehe ordnet, hat er nach Satz 1 des Art. 11 sich nach den Grundsätzen des Art. 15 zu richten. Der Satz 2 läßt das Recht der Vornahme des Rechtsgeschäfts genügen, es muß jedoch nach Art. 30 des EG. dieser Rechtssatz ausgeschlossen werden, wenn die Anwendung des ausländischen Rechtes gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Silberschmidt, Böhms Z. 8 104. Vgl. Niedner 7 b 3 und Fischer-Henle Anm. 1.

Gemäß Art. 30 wird man daher den § 1434 BGB. für eine zwingende Norm halten, einen im Ausland an einem Orte, dessen Recht keine solche Vorschrift kennt, abgeschlossenen Ehevertrag für nicht dem deutschen bürgerlichen Rechte entsprechend und nicht von ihm anzuerkennen erachten. Silberschmidt, Ztschr. f. intern. Pr.- u. Strafr. 8 105 und 3 139. Wohl aber kann das gesammte am Vertragsorte geltende Güterrecht auch gemäß § 1433 Abs. 2 BGB., als Vertragsrecht gewählt und damit die zwingende Bestimmung des deutschen Rechtes ausgeschlossen werden. Silberschmidt a. a. O. 104/105.

Die Bestimmungen des Art. 11 Abs. 1 gelten auch für die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes; ein auf Grund des Abs. 1 Satz 2 an sich gültiger außergerichtlicher Akt, durch den die Ehelichkeit eines Kindes angefochten

wird, wird aber deswegen in Deutschland nicht anerkannt werden können, weil für die Ehelichkeit eine gesetzliche Vermuthung spricht und durch sie ein Recht begründet wird, das der freien Willensbestimmung der Betheiligten entzogen ist und nur durch einen richterlichen Ausspruch zerstört werden kann. Keidel a. a. O. 246.

8. Die Bestimmung des Art. 11 Abs. 1 gilt auch für Vaterschaftsanerkenntnisse. Keidel 248.

Auf Testamentserrichtung findet nicht Art. 11 Abs. 1, sondern Art. 24 Abs. 3 Anwendung. Barazetti, Ztschr. f. intern. Pr.= u. Strafr. 7 4.

9. Für die Form einer im Inlande durch Ausländer vorzunehmenden Adoption sind nur die deutschen Gesetze maßgebend; Art. 11 Abs. 1 Satz 2 gilt hier ausnahmslos: von einer Modifikation durch die Regel des Art. 11 Abs. 1 Satz 1 kann keine Rede sein. Dorner, FGG., 310 ff.

Der Grundsatz des Art. 11 Abs. 1 wird in den Vereinigten Staaten von Nord=Amerika nicht anerkannt, soweit Testamente in Frage kommen. Testamente müssen stets den Formvorschriften des amerikanischen Rechtes entsprechen. Erich, DNotVZ. 01 235.

VII. Verlöbniß. Eheschließung (Artt. 13—17.)

Keidel, Das internationale Eherecht nach dem BGB. u. s. w., Böhms Z. 7 228—244.

Meyerowitz, Die Eheschließung von Ausländern im Deutschen Reiche und von Deutschen im Auslande. Ebenda 10 1—40.

Sartorius, Komm. z. Personenstandsges., 278 ff.

1. Verlöbniß.

Für die Fähigkeit zum Verlöbniß ist Art. 7, für dessen Form Art. 11 maßgebend. Für die übrigen Voraussetzungen und für die Wirkungen wird nach Analogie des Art. 13 das Personalstatut (Heimathrecht) jedes der Verlobten maßgebend sein müssen, bei einer Kollision beider Statuten dasjenige des Inanspruchgenommenen. Riedner 38, Barazetti 57, Planck 45.

Planck a. a. O. macht eine Ausnahme für die Rückgabe der Brautgeschenke (§ 1301 BGB.), welche nach den für Schuldverhältnisse ex lege maßgebenden Kollisionsgrundsätzen behandelt werden soll.

2. Materielle Erfordernisse für die Eingehung der Ehe.

Die in Art. 13 Abs. 1 gegebene Regel, daß das Heimathrecht der Nupturienten für die Eingehung der Ehe maßgebend ist, muß analog auch auf die nicht durch das Gesetz geregelten Fälle angewendet werden. So außer den oben Abschnitt I 3 A angeführten prinzipiellen Befürwortern des Analogieschlusses: Planck 44.

Soweit das deutsche internationale Privatrecht nicht anwendbar sei, weil es sich um eine zwischen Ausländern im Auslande geschlossene Ehe handelt, werde zu prüfen sein, ob die Gesetze, deren Anwendung möglicherweise in Betracht kommen könne, auf das Rechtsverhältniß überhaupt alle angewendet sein wollen, oder ob sie nicht vielmehr dem einen von diesen selbst den Vorzug geben. Wenn die mehreren Gesetze gleichmäßig angewendet sein wollen, werde das deutsche internationale Privatrecht analog anzuwenden sein. Keidel, Böhms Z. 7 244.

Die Anwendung der Grundsätze des Art. 13 Abs. 1 EG. wird im Einzelnen und namentlich für die Fälle verschiedener Nationalität der Eheschließenden von Meyerowitz a. a. O. 34 ff. besprochen.

Die Regelung des BGB. ist konform mit derjenigen der meisten anderen europäischen Gesetzgebungen, § 34 Anm. 97 a. a. O.; über den code civil und über das österr. Gesetzb. insbesondere Meyerowitz a. a. O. 28, 29.

Art. 13 Abs. 1 bezieht sich nicht nur auf die materiell-rechtlichen Erfordernisse der Eheschließung und die Möglichkeit eines Dispenses, sondern auch auf die Wirkung der einzelnen Ehehindernisse und auf die allgemeinen Mängel der Willenserklärung. Keidel a. a. O. 239.

Abs. 3 ergiebt Nichtigkeit der im Deutschen Reiche vor fremden diplomatischen Agenten und Konsuln oder lediglich in religiöser Form geschlossenen Ehen. Keidel a. a. O. 239 f.

Mariolle, Seuff. Bl. 63 129, 131 führt aus:

„Nichtig oder anfechtbar ist jede Ehe, welche nach dem Nationalrecht eines der Verlobten zur Zeit der Heirath nichtig ist.

Art. 13 ist analog anzuwenden, wenn die Nichtigkeit einer zwischen Ausländern im Auslande geschlossenen Ehe in Frage steht.

Die Nichtigkeit der Ehe kann von jedem Gatten geltend gemacht werden. Angefochten kann die Ehe aber nur von dem Gatten werden, dessen Nationalgesetz ihm ein Anfechtungsrecht giebt.

Im Uebrigen bestimmt sich nach dem Gesetz, auf welches die Nichtigkeit sich gründet, wer außer den Gatten zur Geltendmachung der Nichtigkeit befugt ist. Der Staatsanwalt hat aber im Inland auch Ausländern gegenüber die Berechtigung zur Erhebung der Nichtigkeitsklage. Beim Eingreifen des Staatsanwalts sind nur die deutschen Gesetze zur Anwendung zu bringen."

Nach Art. 13 bestimmt sich auch die Nullitätsklage, welche den Ausspruch erstrebt, daß die eingegangene Ehe von Anfang an nichtig war. Sowohl der Abs. 1 wie der Abs. 2 sind als Prinzipien analoger Anwendung fähig. Wenn im Falle des Abs. 1 vom Rechte des einen Ehegatten eine Thatsache als impedimentum dirimens betrachtet wird, vom Rechte des anderen Ehegatten aber nicht, kann der letztere sich auf dieses Hinderniß zur Herbeiführung der Trennung berufen, gleichviel auf wessen Seite das Hinderniß vorliegt und ob es sich um persönliche oder sachliche Hindernisse handelt? Man wird sagen müssen, daß die rein persönlichen nach dem Rechte des betreffenden Theiles zu untersuchen sind, bei den sachlichen aber die melior conditio prohibentis anzuerkennen ist. Silberschmidt, Böhms Z. 8 105.

Auf Grund der Bestimmung des Art. 13 Abs. 1 gelten die §§ 1303, 1304, 1309, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, dann 104 ff. BGB. auch für die Eheschließung von Deutschen im Auslande, ferner die §§ 1323 ff. BGB. für die Beurtheilung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer von Deutschen im Auslande geschlossenen Ehe. Nach deutschem Rechte bestimmt sich in diesem Falle u. A. auch der Einfluß von Irrthum und Zwang, dann des Mangels der Einwilligung auf die Gültigkeit der Ehe, sowie die Dauer der Anfechtungsfrist. Keidel a. a. O. 32, 38.

Nach deutschem Rechte beurtheilt sich auch im Falle des Art. 13 Abs. 2 nur die Frage, ob die erste Ehe als Hinderniß einer zweiten Ehe zu betrachten ist, in allen übrigen Beziehungen bleibt auch in diesem Falle der Grundsatz des Art. 13 Abs. 1 in Geltung. Keidel a. a. O. 38.

Aus Art. 13 Abs. 2 kann keinesfalls gefolgert werden, daß die Ausländerin, die bis zu ihrer Verheirathung Deutsche war, aus eben diesem Grunde nach ihrer Rückkehr nach Deutschland den deutschen Gesetzen insofern unterworfen werde, als sie eine nochmalige Todeserklärung ihres Ehemanns nach diesen Gesetzen herbeiführen muß, um auf diese Weise die Fähigkeit zur Wiederverheirathung zu erlangen. Keidel (Mariolle) Ztschr. f. intern. Pr.- u. Strafr. 9 301.

Die Inländerin und die früher deutsche, jetzt heimathlose Ehefrau, welche eine Todeserklärung ihres Ehemanns auf Grund Art. 9 Abs. 3 (oder eine Ehe-

scheidung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe auf Grund § 606 Abs. 2 u. 3 CPO.) erwirkt hat, kann im Inland und im Auslande vor diplomatischen Agenten oder Konsuln des Deutschen Reichs ohne Weiteres eine neue Ehe eingehen. Die früher deutsche, jetzt ausländische Frau kann im Falle der Todeserklärung ihres Ehemanns auf Grund des Art. 9 Abs. 3 im Inlande nur dann eine neue Ehe eingehen, wenn sie, abgesehen von der im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 nach deutschem Rechte zu beurtheilenden Frage, ob sie durch die Ehe mit dem für todt erklärten Manne noch gebunden ist, die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe nach ihrem Nationalgesetze besitzt; außerdem nur unter der Voraussetzung einer vorhergehenden Naturalisation im Deutschen Reiche. Ausschließlich unter dieser Voraussetzung wird in der Regel eine Ausländerin, deren Ehe auf Grund der Zuständigkeitsvorschrift § 606 Abs. 2 u. 3 CPO. geschieden oder für nichtig erklärt ist, in Deutschland eine Ehe eingehen können. Mariolle a. a. O. 105 ff.

Aus Art. 13 ergiebt sich, daß rechtsrheinische Bayern auch in einem anderen deutschen Bundesstaate nur auf Grund des Verehelichungszeugnisses zur Eheschließung zugelassen werden dürfen. Sartorius, Komm. z. Personenstandsgesetze 296 f.

Meyerowitz a. a. O. führt zu Art. 13 Abs. 3 aus: „Danach haben die deutschen Formvorschriften betreffend die Eheschließung für das Gebiet des Deutschen Reichs zwingenden Charakter, und ist die obligatorische Civilehe regelmäßig die allein rechtgültige Form der Eheschließung für das gesammte Gebiet des Deutschen Reichs.

Für Helgoland vgl. die Kaiserl. Verordnung vom 25. November 1899 (RGBl. 675).

Nicht zu übersehen ist, daß sich der Einfluß der Bestimmung der deutschen Gesetze nur soweit erstreckt, als die Gültigkeit solcher Ehen in unserem Staate in Frage kommt, während der Heimathsstaat des Ausländers die in seinen Formen bei uns vollzogene Ehe als gültig behandeln kann. Jedoch wird es für den Ausländer regelmäßig unmöglich sein, die Ehe, mit Umgehung der deutschen Formen, in den Formen der Heimath einzugehen.

Die Möglichkeit, sich über die deutschen Formvorschriften hinwegzusetzen, besteht für den Ausländer in der Eingehung der Ehe vor dem Gesandten oder, sofern es sich um eine kirchliche Trauung handelt, vor dem Gesandtschaftsprediger. Die diplomatischen Vertreter genießen das Privilegium der Exterritorialität und können daher nicht in Strafe genommen werden. Die Vornahme der Eheschließung bleibt hier zwar straflos, aber sie ist nichtsdestoweniger unzulässig und nach deutschem Rechte ungültig, die betreffenden Nupturienten müßten denn Exterritoriale sein. Vor der Ungültigkeit schützt auch die Vornahme der Eheschließung im Gesandtschaftsgebäude nicht. Auch dieses ist deutscher Boden und den deutschen Gesetzen unterworfen. Für die Gesandtschaftsgebäude ist Exterritorialität nicht begründet. Wenn gleichwohl von einer solchen gesprochen wird, kann dies nur in dem Sinne geschehen, daß die betreffenden Gebäude den Behörden des Inlandes unzugänglich sind. Die rechtlichen Beziehungen derselben bestimmen sich nach inländischem Rechte. Soweit der Satz locus regit actum in Frage kommt, gelten sie als Theile des Inlandes, nicht des Auslandes. Die deutsche Reichsregierung hält mit Recht streng an dieser Auffassung fest. Der entgegengesetzte Standpunkt würde auch zu der widersinnigen Konsequenz führen, daß jedes beliebige Individuum, insbesondere auch die eigenen Unterthanen des Deutschen Reichs innerhalb Deutschlands eine formell gültige Ehe unter denselben Bedingungen wie im Ausland eingehen könnten.

Einzelheiten über die formellen Erfordernisse der Eheschließung von Ausländern im Deutschen Reiche, insbesondere bezüglich der in den einzelnen Bundes-

staaten bestehenden Ordnungsvorschriften s. bei Meyerowitz a. a. O. 7 ff., Sartorius a. a. O. 278 ff.

Die deutschen Formvorschriften sind erforderlich und ausreichend. Ob Ausländer mit der in den deutschen Formen abgeschlossenen Ehe für sich allein nach ihrem heimischen Rechte bestehen können und ob es vielleicht für sie empfehlenswerth ist, die einheimische Form nachzuholen, ist eine andere Frage. A. a. O. 9, 10. Das russische Recht erkennt für russische Staatsangehörige aller Glaubensbekenntnisse nur die kirchliche Eheschließung als rechtsverbindlich an. Meyerowitz a. a. O. 5, 10. Böhms Z. **10** 421. Ueber die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten a. a. O. 5, 9, 10.

Ausnahmen von der Regel des Art. 13 Abs. 3 können durch Staatsverträge geschaffen werden. Meyerowitz 10—12.

Im Auslande können Deutsche, sei es unter einander oder mit Fremden, in den Formen des ausländischen Eheschließungsorts eine nach deutschem Rechte formell gültige Ehe eingehen. Es folgt dies aus Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EG. z. BGB., der hier vollinhaltlich in Wirksamkeit tritt. Selbstverständlich können Europäer sich nicht heidnischer oder islamitischer Formen bedienen; Meyerowitz a. a. O. 13 ff. Den Deutschen im Ausland ist die Anwendung der durch das ausländische Recht vorgesehenen Formen freigegeben, aber sie können im Ausland auch nach deutschen Formen eine wenigstens in Deutschland gültige Ehe eingehen, sobald die faktische Möglichkeit zur Anwendung der inländischen Formen vorliegt. Das deutsche Eheschließungsrecht ist für Deutsche im Auslande thatsächlich nur in Gestalt der diplomatischen oder konsularischen Eheschließung anwendbar, Meyerowitz 16—22.

Meyerowitz a. a. O. führt aus: Art. 13 EG. z. BGB. umfaßt alle im Inlande geschlossenen und alle diejenigen Ehen, bei denen ein Inländer betheiligt ist. Für die Eheschließung von Ausländern im Ausland ist keine Bestimmung getroffen. Gemäß § 606 CPO. kann aber auch eine solche zur Kognition der deutschen Gerichte kommen. Hier seien nicht die materiellen Gesetze des Heimatlandes selbst, sondern die Bestimmungen des internationalen Privatrechts des Heimatstaates anzuwenden.

Eine analoge Anwendung des Abs. 3 auf Eheschließungen im Ausland ist ausgeschlossen, für diese gelten die Bestimmungen des Art. 11 sowohl Abs. 1 als 2. Keidel a. a. O. 39—42.

Abs. 3. Zur „Form der Ehe" gehört auch das Aufgebot. Sartorius 305.

3. **BGB. § 1315** Abs. 2.

In allen Bundesstaaten mit Ausnahme Bremens bestehen Bestimmungen, welche die Eheschließung der Ausländer im Inland entweder von der Beibringung eines Zeugnisses abhängig machen, daß nach dem Rechte des Heimathsstaats der beabsichtigten Ehe ein Hinderniß nicht im Wege stehe oder von einer Erlaubniß der inländischen Obrigkeit, deren Ertheilung unter Anderem durch den Nachweis der Zulässigkeit der Ehe nach dem Rechte des Heimathsstaats bedingt ist. Bei Meyerowitz 8 f. werden Bedeutung und Zweck dieser Vorschriften erörtert; dieselben sind zumeist in den von den einzelnen Bundesstaaten zur Ausführung des BGB. erlassenen Gesetzen neu geordnet. Eine Zusammenstellung ist a. a. O. 8 Anm. 19 u. 19a gegeben. Es sind nachzutragen für Preußen: Die Allgem. Verf. vom 16. Oktober und 4. Dezember 1899 und 3. August 1900 betr. die Eheschließung von Ausländern in Preußen. Min.Bl. f. d. ges. innere Verw. **99** 226, **00** 4, 245. Bezüglich der Ausführungsgesetze und Verordnungen in den übrigen Bundesstaaten, vgl. noch die inzwischen vollständig ge-

wordene Sammlung Becher Abth. IX 39, X 56, XII 40, XVI 20, XIX 69, XX 17, 18, XXIII 25, 26, XXIV 21, XXV 11; ferner Böhms Z. 10 296, 337.

Ueber das Verhältniß des Art. 30 zu Art. 13:

„Mit Beziehung auf die Eheschließung ist die Anwendung ausländischen Rechtes selbstverständlich ausgeschlossen, wenn die Verbindung nach den deutschen Gesetzen strafrechtlich verboten ist (Incest, Polygamie)." Meyerowitz a. a. O. 25. M. rechnet aber ferner hierher:

α. die Eheschließung völlig unreif erscheinender Personen,

β. die Eheschließung zwischen dem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und dessen Mitschuldigen (§§ 1312, 1328 BGB.),

γ. die Heirath einer Frau unter Verletzung der durch § 1313 BGB. vorgesehenen Wartezeit.

Der Verfasser weist darauf hin, daß die zu β und γ zitirten Vorschriften vorwiegend sittlichen Anschauungen Rechnung tragen. Nur in Ausnahmefällen kann Dispens ertheilt werden (vgl. über die zuständige Behörde Art. 10 der Verf. v. 16. November 1899 GS. 563 und Allgem. Verf. v. 14. Dezember 1899 JMBl. 784). Liegen diese vor, so will der Verfasser den Ausländer in gleicher Weise wie den Inländer verpflichten, Dispensation bei der Behörde der lex loci actus als der in diesem Falle zuständigen nachzusuchen.

Angewandt auf die Eheschließung von Ausländern in Deutschland, vermag die Bestimmung des Art. 30, wohl eine Eheschließung zu verhindern, die im Heimathsstaate der Betheiligten zulässig wäre, nie aber eine in diesem Staate unzulässige Eheschließung in Deutschland zu ermöglichen. Keidel a. a. O. 32.

Die Bestimmung des Art. 30 gestattet nicht, einem Ausländer vor Vollendung des 18., einer Ausländerin vor Vollendung des 16. Lebensjahrs eine Eheschließung zu verbieten; ebensowenig vermag der Mangel der zwar nach deutschem, aber nicht nach fremdem Rechte nothwendigen elterlichen Einwilligung die Schließung einer Ehe auf Grund des Art. 30 zu verhindern. Auf Grund des Art. 30 kann ferner nur die im Ausland erfolgte Ehescheidung zur Ablehnung einer zweiten Eheschließung führen, wobei auch ununtersucht zu bleiben hat, ob im gegenwärtigen Falle auch in Deutschland eine Ehescheidung hätte ausgesprochen werden können. Dagegen findet § 1310 BGB. auf Grund des Art. 30 zweifellos auch auf Ausländer Anwendung, die in Deutschland eine Ehe schließen wollen, während die Eheschließung eines wegen Ehebruchs geschiedenen Ausländers mit seinem Mitschuldigen auch ohne den nach fremdem Rechte nicht nothwendigen Dispens auf Grund des Art. 30 nicht verhindert werden kann. Keidel a. a. O. 33—37, übereinstimmend derselbe, Bl. f. administ. Pr. 47 274—278.

Ausgeschlossen ist nach Art. 30 die Anwendung ausländischen Rechtes, das die Eheschließung unter Blutsverwandten im Sinne des § 1310 oder vor Auflösung oder Nichtigkeitserklärung einer früheren Ehe (§ 1309) zuläßt. Dagegen gehören die Eheverbote der §§ 1312 und 1313 nicht zu denjenigen Rechtssätzen, deren Geltung auch den Ausländern gegenüber aus Art. 30 zu folgern ist. Sartorius, Komm. z. Personenstandsges. 280 f. S. auch unten S. 383.

VIII. Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten (Art. 14.)

Die materiell-rechtliche Tragweite des Begriffs „persönliche Beziehungen" im Art. 14 erstreckt sich auf alle in den §§ 1353—1362 BGB. als „Wirkungen der Ehe im Allgemeinen" zusammengefaßten Materien. Niedner 43. Niemeyer 144.

Der § 1362 BGB. (praesumtio Muciana) ist als eine vermögensrechtliche Vorschrift nicht mit unter Art. 14 zu rechnen. Planck 49 Abs. 3. Entgegen die voraus Genannten.

Auch die auf die Handlungsfähigkeit der Frau bezüglichen Bestimmungen gehören hierher. Keidel a. a. O. 42, 43.

Mariolle, Seuff. Bl. **64** 227 ff.: Unter der Bezeichnung „persönliche Rechtsbeziehungen“ ist nur zu verstehen: die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB.), das Recht des Ehemanns zur Entscheidung aller, das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, insbesondere hinsichtlich Wohnort und Wohnung, dann die Verpflichtung der Frau, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten (§ 1354 BGB.), Recht und Pflicht der Frau, den Familiennamen des Mannes zu führen (§ 1355 BGB.) und das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten (§ 1356 Abs. 1 BGB.), endlich die wechselseitige Verpflichtung der Ehegatten, einander Unterhalt zu gewähren (§ 1360 BGB.). Ob im Falle der Ehescheidung die Frau berechtigt und verpflichtet ist, den Familiennamen des Mannes zu führen, ferner ob eine Unterhaltspflicht des einen Ehegatten gegenüber dem anderen besteht, bestimmt sich ausschließlich nach dem gemäß Art. 17 EG. für die Ehescheidung maßgebenden Rechte. Die Vorschriften der §§ 1357 und 1362 BGB. über das Recht der Frau zur Vertretung des Mannes innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises und über die Vermuthung zu Gunsten des Eigenthums des Mannes bzw. der Frau hinsichtlich bestimmter beweglicher Sachen sind nicht dem Rechtsgebiete der persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zuzurechnen. Wenn die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten nach fremdem Rechte beurtheilt werden, so ist dessen sachliches Herrschaftsgebiet dasselbe, wie das des deutschen Rechtes. Es bestimmt sich mit anderen Worten Begriff und Umfang der persönlichen Rechtsbeziehungen nach deutschem Rechte, nicht nach dem Rechte des fremden Staates, das in analoger Anwendung des Art. 14 die persönlichen Rechtsbeziehungen ausländischer Ehegatten beherrscht.

Keidel a. a. O. 240: Art. 14 Abs. 2. Die Anwendbarkeit der deutschen Gesetze in dem Falle, daß der Ehemann die deutsche Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten habe, sei unabhängig davon, ob der Ehemann eine neue Staatsangehörigkeit erworben habe oder nicht.

Die Bestimmung des Art. 14 Abs. 2 wird analog anzuwenden, und daher, wenn nur der Ehemann die Staatsangehörigkeit wechselt, das Nationalgesetz der Ehefrau als maßgebend zu erachten sein. Mariolle a. a. O. 228.

Bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten außer dem Falle des Art. 14 Abs. 2 entscheidet das Recht des Ehemanns über das für die persönlichen Beziehungen zur Anwendung gelangende Recht. Niemeyer 142/143, Neumann Note III 1 zu Art. 14. Abweichend Planck 41, Niedner 113.

Bei gleicher Staatsangehörigkeit der Ehegatten und Nichtvorliegen des Falles des Abs. 1 Art. 14 läßt Niemeyer a. a. O. nach dem von ihm aus Art. 14 überhaupt abgeleiteten allgemeinen Satze das jeweilige Heimathsrecht der Ehegatten entscheiden. Niemeyer 142.

Zu demselben Resultat gelangt, wenn auch aus anderen Gründen, Neumann Note II zu Art. 14.

Ueber das Verhältniß des Art. 30 zu Art. 14 bemerkt Mariolle Seuff. Bl. **64** 231: „Gegen die guten Sitten verstößt die Anwendung eines fremden Rechtssatzes, der dem Ehemann ein Züchtigungsrecht oder ein Recht der Freiheitsberaubung gegenüber der Frau einräumt, der den Ehegatten gestattet, die eheliche Lebensgemeinschaft vertragsmäßig auszuschließen, während ein solcher Verstoß in der Anwendung eines Rechtssatzes, der die Handlungsfähigkeit der Frau derartig beschränkt, daß sie zum Abschlusse von Rechtsgeschäften unterschiedslos der eheherrlichen Zustimmung bedarf, nicht erblickt werden kann. Ein

fremdes Gesetz, das den Ehegatten eine gegenseitige Alimentationspflicht nicht auferlegt, wird als gegen die guten Sitten verstoßend zu erachten sein." S. auch unten S. 383.

IX. Eheliches Güterrecht (Artt. 15, 16).

Der Grundsatz des Art. 15 Abs. 1 ist dahin zu erweitern, daß der eheliche Güterstand sich stets nach dem Heimathsrechte des Ehemanns zur Zeit der Eheschließung richtet. Niemeyer 145, Neumann 1360 2a.

Art. 15. Das Gesetz fordert die Anwendung des deutschen Rechtes (Abs. 1), wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war. Es läßt für das Güterrecht die Gesetze des Staates entscheiden, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehörte, wenn er nach Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit erwirbt oder wenn ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande nehmen; dabei wird die Möglichkeit eines Ehevertrags unter allen Umständen gewahrt.

Wenn nun auch der Gesetzgeber ausdrücklich nur diese drei besprochenen Fälle geordnet hat, so hat er sie doch sämmtlich von der Staatsangehörigkeit des Ehemanns zur Zeit der Eheschließung abhängig gemacht, und nachdem durchaus für das Personalstatut der Grundsatz der Staatsangehörigkeit angenommen wurde, hat der Richter auch für die im Gesetze nicht geordneten Fälle die Lücke in der Weise auszufüllen, daß er aus den Einzelfällen das wohl absichtlich nicht ausgesprochene Prinzip zieht: das Güterrecht bestimmt sich nach dem Rechte desjenigen Staates, welchem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehört. Silberschmidt, Böhms Z. 8 98/99.

Dabei ist nicht Abs. 2 des Art. 15, wie Barazetti will, extensiv zu interpretiren, sondern das Prinzip ergiebt sich als die höhere Einheit, unter welche die drei im Gesetze geordneten Fälle zu bringen sind, aus dem ganzen Art. 15 von selbst. Böhms Z. 8 99. Dieses Prinzip ist zudem dasjenige, welches auch den Grundsätzen des internationalen Privatrechts entspricht, subsidiär nur kommt das Recht des Wohnsitzes in Frage. Vgl. Silberschmidt, Böhms Z. 3 132—154, Wagner, EG. Z. 4a, Niedner 2b.

Hat der Ehemann keine Staatsangehörigkeit zur Zeit der Eheschließung, so versagt das Prinzip des Art. 15, und es muß auch hier nach allgemeinen Grundsätzen auf das subsidiäre des Wohnsitzes zurückgegriffen werden, wie in Art. 29, der selbst nicht anzuwenden ist. (Vgl. Ziff. 4 zu Art. 29.) Böhms Z. 8 99/100. Dagegen Wagner 4ba.

Hat der Ehemann zur Zeit der Eheschließung eine mehrfache Staatsangehörigkeit, so ist zu untersuchen, ob eine davon die deutsche ist. Ist dies der Fall, so ist nach Art. 15, weil der Ehemann ein Deutscher ist, das deutsche Recht anzuwenden. Besitzt der Ehemann aber mehrere ausländische Staatsangehörigkeiten, so ist wiederum nach der Natur der Sache bzw. den daraus gefolgerten Lehren des internationalen Privatrechts zu entscheiden. Hiernach giebt gemäß des Prinzips der Willensfreiheit die später erworbene Staatsangehörigkeit und bei gleichzeitigem Erwerbe (z. B. durch die Geburt) der Wohnsitz den Ausschlag, wobei freilich, wenn Wohnsitz und Staatsangehörigkeiten wiederum aus einander fallen, keine der sich entgegenstehenden Staatsangehörigkeiten zum Siege kommt. Silberschmidt, Böhms Z. 8 100. Vgl. auch Wagner zu Art. 15.

Verzichtet das Recht der Staatsangehörigkeit auf Entscheidung, indem ihm keine Regeln zu entnehmen sind, so entscheidet wieder nach allgemeinen Regeln das Wohnsitzrecht als Eventualprinzip. Böhms Z. 8 100. Zustimmend Wagner β. Den Fall der Rückverweisung s. bei Art. 27.

Für das Verhältniß der durch die deutschen Partikularrechte nach Art. 218 EG. übergeleiteten Ehen wird immer der Wohnsitz als Bestimmungsgrund des Personalstatuts in Betracht kommen, schon weil die Staatsangehörigkeit im Verhältnisse der einzelnen Bundesstaaten unter einander nur ausnahmsweise mit zivilrechtlichen Wirkungen ausgestattet ist und die Partikularrechte nur auf Grund von Ursachen, die vor dem 1. Januar 1900 liegen, in dieser Frage anzuwenden und daher nach den Grundsätzen des früheren Rechtes zu beurtheilen sind. Silberschmidt, Böhms Z. 8 117.

Die Vorschrift des Art. 15 umfaßt die auch schon nach dem internationalen Privatrecht des gemeinen Rechts anerkannten Grundsätze der Einheit und Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts. Von ersterem statuirt nur Art. 28 eine Ausnahme (sonst kommt die lex rei sitae nicht in Betracht), von letzterem, aus leicht erklärlichen Gründen, der Schlußsatz des Art. 15; dieser Fall wurde aber auch schon nach dem bisherigen Rechte unter dem Gesichtspunkt einer Beschränkung der Vertragsfreiheit nach dem Rechte des Ortes der Aenderung behandelt. Silberschmidt a. a. O. 102.

Im Uebrigen ist auch das Prinzip der Unwandelbarkeit an sich auf die Fälle beschränkt, wo das deutsche Recht anzuwenden ist. Wandert der Deutsche später nach Schweden aus, so ist weder mit Barazetti anzunehmen, daß das einmal begründete deutsche Güterrecht schlechtweg Geltung verlangt, noch mit Schnell, daß das Recht der neuen Staatsangehörigkeit durchaus anzuwenden ist, sondern es ist zu untersuchen, ob das letztere Recht eingegriffen und den Einwanderer im Interesse der Verkehrssicherheit, der Gleichheit vor dem Gesetz oder aus ähnlichen Gründen einem bestimmten Rechte unterworfen hat. Ist dies der Fall, so behält es dabei sein Bewenden. Wenn nicht, dann beschränkt der Art. 15 seine Geltung nicht auf die Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit, sondern hat die Tendenz der Unwandelbarkeit. Entscheidend dürfte sein, daß das Gesetz das Güterrecht nicht nur des Deutschen, sondern auch desjenigen, welcher zur Zeit der Eheschließung Deutscher war, nach deutschem Gesetze beurtheilt und hierfür die Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit nicht zur Bedingung macht. Silberschmidt, ebenda. Zustimmend Wagner Ziff. 3, vgl. auch Riedner Ziff. 2b.

Zweifelhaft kann die Grenze zwischen dem Anwendungsgebiete des Art. 15 und Art. 7 werden, da mitunter Zweifel darüber obwalten, ob eine die Verfügungen der Frau beschränkende Bestimmung als Beschränkung des Verfügungsrechts über bestimmte Objekte oder als Beschränkung der Handlungsfähigkeit aufzufassen ist. Wegen des inneren Zusammenhanges zwischen solchen Bestimmungen und dem ehelichen Güterrechte wird im Zweifel Art. 15 anzuwenden sein. Niemeyer 147.

Die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ist auf Grund der allgemeinen Bestimmung des Art. 7 EG. z. BGB. nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen, dem sie angehört. Welche Folgen die Rechtsgeschäfte einer Ehefrau auf die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten äußern, bestimmt sich aber nach den für den Güterstand maßgebenden Gesetzen. Daß der Gesetzgeber die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau allgemein nach den für das eheliche Güterrecht gemäß des Art. 15 EG. z. BGB. maßgebenden Gesetzen beurtheilt wissen will, ist nicht anzunehmen. Mariolle a. a. O. 230.

Dispositionsbeschränkungen in der Ehe, insbesondere Beschränkungen von Schenkungen unter Gatten und Widerruf von Schenkungen nach der Geburt eines Kindes hängen nicht mit dem Rechte der Ehe zusammen, sondern richten sich nach dem Personalstatut zur Zeit der fraglichen Handlung; kommt die Geschäftsfähigkeit in Frage, so richtet sie sich gemäß Art. 7 EG. immer nach den

Gesetzen des Staates, dem die Person angehört. Silberschmidt, Böhms Z. 8 104, vgl. auch 3 140. Zustimmend Riedner Ziff. 4b.

Die Bestimmung des Art. 15 am Ende kann als Ausnahme nicht schlechthin auf Ausländer im Ausland angewendet werden. Silberschmidt, Böhms Z. 8 104.

Die Bestimmungen des Art. 15 gelten auch für den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung; im ersten Falle muß streng zwischen den Rechten in Ansehung des Nachlasses und den Rechten, die sich unmittelbar aus der Ehe ergeben, unterschieden werden. Keidel a. a. O. 45.

Aus dem zweiten Halbsatze des Abs. 2 ist der allgemeine Satz abzuleiten, daß die Gesetzgebung des späteren Heimathsstaats des Ehemanns bzw. des Wohnsitzes der Ehegatten dem an sich für die Beurtheilung des ehelichen Güterrechts maßgebenden Rechte insoweit vorgeht, als sie entgegen dem letzteren die Zulässigkeit von Eheverträgen gewährt. Neumann zu Art. 15 V 2.

Ein einmal wirksam geschlossener Ehevertrag muß aber unter allen Umständen auch weiterhin wirksam bleiben, mögen auch nachträglich die Thatbestandsmomente weggefallen sein, auf welche die Norm des Abs. 2 und demgemäß insbesondere auch der Schlußsatz sich bezieht. Niemeyer 145.

Eine andere Frage ist, ob die einmal begründet gewesene deutsche Staats- bzw. Wohnsitzzugehörigkeit noch weitere die Zugehörigkeit überdauernde Folgen hat, sei es für den Fall, daß während jener Zugehörigkeit ein Ehevertrag errichtet worden ist, sei es nicht. Art. 15 Abs. 2 hat jedoch hinsichtlich der Zulässigkeit von Eheverträgen nur Bedeutung für die Dauer der deutschen Staats- oder Wohnsitzzugehörigkeit. Ist diese weggefallen, so ist es so zu behandeln, als hätte sie nie bestanden. Ein während der Dauer der Zugehörigkeit errichteter Vertrag bleibt zwar gültig, für etwaige Abänderungen des Vertrags hat aber nicht das deutsche Recht weiter zu gelten, da Art. 15 strikt zu interpretiren ist. Niemeyer 146/147.

Bei verschiedenen Rechtsgebieten in dem maßgebenden Staate ist ein Zurückgehen auf das Domizilprinzip erforderlich. Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB. 64.

Gemäß dem in Art. 16 ausgesprochenen Grundsatze kann die Bestimmung des § 1435 BGB. auf die Rechtsverhältnisse Deutscher im Auslande keine Anwendung finden. Keidel a. a. O. 46.

Diese Bestimmungen sind im öffentlichen Interesse zur Sicherung des Verkehrs und Kredits getroffen, weshalb sie auch das ursprüngliche Güterrecht nach außen modifiziren. Es sind aber doch Ausnahmebestimmungen, die streng auf die Fälle des Art. 15 Abs. 2 beschränkt sind. Es geht nicht an, mit Barazetti diese Bestimmungen auf die nicht in Deutschland wohnenden Ausländer auszudehnen, zumal es nicht möglich sein wird, für diese ein zuständiges Amtsgericht im Sinne der §§ 1435, 1558 zu finden, da ja das Amtsgericht zuständig ist, bei welchem der Ehemann seinen jeweiligen Wohnsitz hat. Wird von einer im Auslande lebenden Ehefrau im Inland ein Gewerbe betrieben, so ist der seitens des Ehemanns erfolgte Einspruch oder Widerruf der Genehmigung in das Güterregister des Ortes, wo das Gewerbe betrieben wird, nach Art. 16 einzutragen. Silberschmidt a. a. O. 8 103/104.

Bei erklärter Nichtigkeit der Ehe wird das begründete Güterrecht nach den Grundsätzen seiner Entstehung, also nach Art. 15, wieder zurückgebildet, d. h. thunlichst auf den vor Eingehung der Ehe vorhandenen Zustand wieder zurückgeführt, Jeder nimmt seinen Theil wieder zurück, Mehrungen und Einbußen sind nach den betreffenden Gründen, im Zweifel nach Verhältniß der Antheile zu repartiren. Silberschmidt, Böhms Z. 8 105, 3 153.

Die Bestimmung des Art. 30 steht dem Abschlusse von Eheverträgen von Ausländern in Deutschland und von Deutschen im Auslande nach Art. 11 in einer anderen als der dem § 1434 BGB. entsprechenden Form nicht entgegen. Keidel a. a. O. 44.

X. Ehescheidung (Art. 17).

Erler, Ehescheidungsrecht, (2.), ferner im R. 00 95 ff. Davidson, Das Recht der Ehescheidung nach BGB.

Frantz, Ztschr. f. intern. Pr.- u. Strafr. II 344—361: Können deutsche Gerichte bei Ausländern auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen?

1. Eine sowohl in der Literatur als auch in der Judikatur streitige Frage ist, ob die Anwendbarkeit des ausländischen Personalstatuts aus Art. 17 so weit geht, daß deutsche Gerichte auf (dauernde oder zeitweilige) Trennung von Tisch und Bett erkennen können und gegebenen Falles müssen, oder ob sie wenigstens dafür auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkennen können:

a) Wenn das nach Art. 17 maßgebende Recht nur separatio quoad mensam et thorum kennt, ist die Klage schlechtweg abzuweisen, möge sie auf Trennung, Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gehen. Auf eine Trennung von Tisch und Bett kann bei uns nicht erkannt werden. So Niemeyer 153/154, Neumann Note A. I 2, Planck VI 60 und Frantz, Böhms Z. II 345 (Abhandlung). [Uebereinstimmend nunmehr: Plenarbeschluß des Reichsgerichts 12. 10. 1903, Böhms Z. 13 575 ff.]

Niemeyer insbesondere wendet sich dagegen, die nach dem Auslandsrechte zulässige Trennung von Tisch und Bett in der Form der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft einzuführen, da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Trennung dem Bande nach, eine potestativ bedingte Scheidung im Gegensatze zu der hiervon völlig verschiedenen separatio sei. Niemeyer 153.

Uebereinstimmend Urth. des RG. V CS. v. 30. April 1901, Böhms Z. II 417 und Urtheil des RG. v. 19. April 1901 III. CS., ebenda II 71. Das letztere Urtheil ist Revisionsurtheil gegen Urtheil des OLG. Jena v. 14./28. November 1900, welches von den drei Anträgen der Klägerin gegen ihren Ehemann österreichischer Staatsangehörigkeit die ersten beiden auf Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zurückgewiesen, dem dritten Antrag auf Trennung von Tisch und Bett stattgegeben hat. Es führt aus:

„Art. 17 Abs. 4 behandelt nur den Fall, daß nach ausländischem Rechte die Scheidung oder die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, eines Provisorium, welches jeder Zeit in die definitive Scheidung übergehen kann, auszusprechen wäre, ist aber nicht auf den Fall anzuwenden, in dem nach ausländischem Rechte auf Trennung von Tisch und Bett unter Aufrechterhaltung des ehelichen Bandes zu erkennen wäre.

Andererseits sind für die Frage, ob solche Trennung im Inlande zulässig ist, nach Art. 17 Abs. 1 die ausländischen Gesetze maßgebend.

In Abs. 1 umfaßt der Begriff Scheidung alle Normen, die sich auf das Scheidungsrecht im Sinne der Gesetzgebungen der Kulturstaaten beziehen, während in Abs. 4 Scheidung im Sinne der Gesetzgebung gedacht ist."

Das reichsgerichtliche Urtheil hat die Revision der Klägerin hiergegen zurückgewiesen.

Es begründet die Entscheidung: Das nach Art. 17 zur Anwendung gelangende österreichische Recht kenne keine Scheidung dem Bande nach, so daß nach Abs. 4 Art. 17 im Inlande weder auf Scheidung noch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt werden könne, das letztere insbesondere auch nicht, da die Trennung von Tisch und Bett inhaltlich etwas ganz Anderes ist.

Zu der Konsequenz, die sich aus den Gründen des Urtheils ergiebt, daß nämlich auch auf Trennung von Tisch und Bett **nicht** hätte erkannt werden dürfen, konnte das RG. nach der prozessualen Lage nicht gelangen, da nur die Klägerin, nicht auch der Beklagte gegen das oberlandesgerichtliche Urtheil Revision eingelegt hatten.

„Auf beständige Trennung von Tisch und Bett kann auch auf Grund ausländischer Gesetze nicht erkannt werden. Auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund ausländischer Gesetze nicht erkannt werden, die nur die beständige Trennung von Tisch und Bett, nicht auch die Scheidung zulassen." **Sartorius**, Komm. z. Personenstandsges. 451 f.

b) Entgegengesetzter Ansicht sind: **Niedner** 51, welcher — allerdings nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 4 — eine nach ausländischem Rechte begründete Klage auf Trennung von Tisch und Bett zulassen und ihr durch ein Urtheil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft stattgeben will. Uebereinstimmend **Barazetti** 69.

Ferner das bereits voraus zitirte Urtheil des OLG. Jena und das Urtheil des OLG. Dresden vom 2 Februar 1901 Böhms Z. II 75; das letztere Urtheil unter folgender, mit dem OLG. Jena übereinstimmenden Begründung: „Zunächst stehe Art. 17 Abs. 1 nicht der Zulässigkeit einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett entgegen", denn das Wort „Scheidung" sei hier nicht in dem engeren Sinne des deutschen Rechtes, den § 1564 BGB. gebraucht, sondern im weitesten, die zeitweilige und beständige Trennung von Tisch und Bett umfassenden Sinne, im Sinne der Gesetzgebung der Kulturstaaten, wie das OLG. Jena ausführe.

Auch Abs. 4 des Art. 17 stehe nicht entgegen; denn der letztere enthalte nur eine Einschränkung zu Gunsten der Wahrung der sittlichen und rechtlichen Anschauungen des deutschen Volkes vom Wesen der Ehe. Mit diesen würde dann in Widerspruch getreten, wenn das ausländische Recht Thatbestände als geeignet zur Scheidung zuließe, die nicht auch nach deutschem Rechte eine Scheidung rechtfertigten. Sofern aber die Thatbestände die gleichen seien, stehe einer Klage auf Scheidung sowie Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und auf die der letzteren „gleichwerthige" Trennung von Tisch und Bett nichts entgegen. Das OLG. erklärt dann später, daß es das Urtheil in Form der Trennung von Tisch und Bett für zulässig erachte und diese Form der Form auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vorziehe.

Wenn das Nationalgesetz des Ehemanns Scheidung allein zuläßt, kann im Inland auch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt werden. Wenn das Nationalgesetz des Ehemanns die Scheidung **nicht** zuläßt, kann sie auch nicht im Inland ausgesprochen werden. **Mariolle**, Seuff. Bl. 63 126—128.

2. Eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett schließt außer den Genannten, die im Prinzipe Trennung von Tisch und Bett für unzulässig halten (**Niemeyer**, **Neumann**, **Planck**), auch **Niedner** im Allgemeinen aus, will sie aber nach den Prozeßbestimmungen im Wege einstweiliger Verfügung § 627 CPO. zulassen. **Niedner** 51.

3. Die persönlichen Wirkungen der Scheidung (Namenführung, Widerruf, persönliches Verhältniß zu den Kindern) unterstehen dem Art. 17. **Niemeyer** 155.

4. Für die Wirkungen der Ehescheidung in vermögensrechtlicher Beziehung (insbesondere die Auseinandersetzung) ist Art. 15, **nicht** Art. 17 maßgebend, weil nicht spezielle Wirkungen der Scheidung, sondern der Auflösung der Ehe im Allgemeinen in Frage stehen **Niedner** 54, **Niemeyer** 155, 149.

Nicht nach Art. 17 bestimmt sich die Auseinandersetzung der in der Ehe vereinigten und bei der Scheidung wieder zu trennenden Vermögensmassen. Diese

Liquidation entnimmt vielmehr ihre Regeln dem Güterrechte. Erst wenn hiernach feststeht, welches Vermögen jedem der Gatten zukommt, bestimmen sich die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung, insbesondere die Ehescheidungsstrafen, also die Ueberleitung von Vermögenstheilen von einem auf den anderen Gatten sowie die sonstigen Wirkungen der Ehescheidung nach Art. 17. Silberschmidt, Böhms Z. 8 106, 109, 111, 3 153.

Im Falle des Art. 17 Abs. 2 richtet sich die vermögensrechtliche Folge der Ehescheidung nach dem Rechte des Abs. 1 bzw. 3, nicht nach dem Rechte des Staates, dem der Ehemann früher angehört hat, weil das Recht zur Zeit der Erhebung der Klage das Entscheidende ist. Silberschmidt a. a. O. 8 112.

Die Regelung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten während des Scheidungsprozesses gehört zur Scheidung der Ehe und untersteht dem Art. 17. KG. 3. CS. v. 20. September 1901. Böhms Z. **12** 124.

5. Erler führt zu Art. 17 aus:

Abs. 1. Mit dem den früheren Gesetzen und Rechtsanschauungen entsprechenden Grundsatze, daß der Prozeßrichter bei seiner Entscheidung über das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes stets sein eigenes Recht anzuwenden habe, ist endgültig gebrochen. Ehescheidungsrecht § 23 Anm. 2. Da es nach dem neuen Grundsatz auf die Staatsangehörigkeit, nicht den Wohnsitz des Ehemanns ankommt, so ist es bedeutungslos, ob der Mann seinen allgemeinen Gerichtsstand im Deutschen Reiche oder im Auslande hat oder ob er überhaupt keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Erler a. a. O. 89. Die für die Scheidung maßgebenden ausländischen Gesetze bestimmen auch die Rechtswirkungen der Scheidung hinsichtlich der Vermögensauseinandersetzung der Eheleute, ihrer gegenseitigen Unterhaltspflicht und ihrer Rechte und Pflichten gegenüber den Kindern. Erler a. a. O. 93.

Abs. 2. Nicht ausgeschlossen ist die Anwendung des Art. 17 Abs. 2 auf den Fall, daß der Ehemann nach Erhebung der Klage die Staatsangehörigkeit gewechselt hat. Erler a. a. O. 92.

Abs. 3. Die deutschen Gesetze finden Anwendung, gleichviel, ob der Mann eine andere Staatsangehörigkeit erworben hat oder nicht. Art. 29 EG. kommt hier nicht in Frage. Erler a. a. O. 89.

Abs. 4. Auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett kann ein deutsches Gericht seit dem Inkrafttreten des BGB. weder in Bezug auf eine Inländerehe noch in Bezug auf eine Ausländerehe erkennen. R. **00** 95 und Ehescheidungsrecht § 21 Anm. 4 und 228.

(„Hiernach fallen meine früheren Bemerkungen in Gruchots Beitr. **44** 499, 500 weg, bzw. werden durch vorstehende Bemerkungen ersetzt" [Erler]).

6. Davidson führt aus:

Art. 17 Abs. 1. Ausländisches Trennungsurtheil begründet nicht exc. rei judicatae gegenüber der im Inland erhobenen Scheidungsklage. (183.) Vgl. v. Weinrich, ZKirchR. **20** 307.

Abs. 2. Vollständige Gleichmäßigkeit der Rechtslage nach deutschem und ausländischem Rechte (z. B. bei der böslichen Verlassung) nicht erforderlich. Einrede der Kompensation, auch wenn nach dem fremden Rechte zugelassen, unstatthaft. (184.)

Scheidung wegen Geisteskrankheit unzulässig, wenn der Ehemann während des Trienniums auch nur zeitweilig einem diesen Scheidungsgrund nicht anerkennenden Staate angehört hat. (185.)

Abs. 3 kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Scheidungsgrund erst eingetreten ist, nachdem die Reichsangehörigkeit des Mannes bereits erloschen war. (185.)

Abs. 4. Daß die Zulässigkeit der Scheidung nach dem ausländischen und dem deutschen Gesetz auf den gleichen thatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten beruht, ist nicht erforderlich. (187.)

Gestattet das maßgebende ausländische Gesetz nur die — zeitweilige oder dauernde — Trennung von Tisch und Bett, so darf weder auf Scheidung noch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt werden. Ob bereits ausländisches Trennungsurtheil vorliegt, ist gleichgültig. § 77 Personenstandsges. hier unanwendbar (187 ff.).

Schuldigerklärung nur zulässig, wenn das maßgebende ausländische Recht eine solche gestattet. — Im Falle des Abs. 4 (nicht des Abs. 2) bestimmen sich auch die Wirkungen des Urtheils, soweit sie nicht in der Scheidung bzw. Aufhebung des erwähnten Gesetzes begrifflich enthalten sind, nach dem ausländischen Rechte. Dies gilt jedoch nicht für die Vermögensauseinandersetzung, da diese sich nach dem Güterstande der Ehegatten richtet. — Bedeutung und Wirkungen einer im Ausland ausgesprochenen Scheidung oder Trennung bestimmen sich ausschließlich nach dem für das Urtheil maßgebend gewesenen (ausländischen) Rechte. Nachträglicher Wechsel der Staatsangehörigkeit bleibt ohne Einfluß. Davidson 207 ff.

Davidson giebt eine Uebersicht des im Auslande geltenden Ehescheidungsrechts. (189—207).

7. Sonstige Judikatur:

Hat ein Ehegatte, der Ausländer war, die deutsche Staatsangehörigkeit erworben, so sind die nach dem Erwerb entstandenen Scheidungsgründe nach deutschem Rechte zu beurtheilen, und diese Scheidungsgründe kann er in einem Scheidungsprozesse geltend machen, den er vor Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit bereits erhoben hatte. OLG. 4 91 (KG.).

Art. 30. Dem Zwecke eines deutschen Gesetzes würde es widersprechen, wenn ein ausländisches Gesetz den Ehegatten gestatten möchte, die Ehescheidungsfrage im Voraus durch vertragliche Abmachungen zu regeln. Erler, Ehescheidungsrecht, (2.) 90.

XI. Eheliches Kindesverhältniß (Artt. 18, 19).

1. Das Verhältniß zwischen einem Ausländer und seinem Kinde ist nach dem Rechte des Heimathsstaats des Vaters zu beurtheilen. Dies folgt aus den herrschenden Grundsätzen des internationalen Rechtes und der Analogie des Art. 19. OLG. 2 164 (KG.)

Die Ehelichkeit des Kindes eines ausländischen Ehemanns ist im Zweifel nach dem Nationalgesetze des letzteren zu beurtheilen. Verweist dieses auf das deutsche Recht, so ist letzteres maßgebend.

Die Ehelichkeit eines im Auslande geborenen Kindes kann vom deutschen Vater bei Lebzeiten des Kindes nur durch Anfechtungsklage angefochten werden, weil es sich insoweit nicht nur um eine äußere Form des Anfechtungsakts handelt.

Nach dem Tode des Kindes kann die Anfechtungserklärung (§ 1597 BGB.) in den Formen des Anfechtungsorts erfolgen (Art. 11 EG.).

Mariolle, Seuff. Bl. 63 310/311. Keidel, Böhms Z. 8 243 ff.

Aus Art. 19 Abs. 1 ergiebt sich, daß bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit der Eltern auch die rechtlichen Beziehungen zwischen Kindern und Eltern sich ändern. Keidel a. a. O. 255.

Als eheliche Kinder im Sinne des Art. 19 gelten auch Kinder aus Putativehen. Keidel a. a. O. 257.

Bei einer Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Eltern und ferner der Kinder sind die Gesetze des Vaters maßgebend, dem die Kinder angehören. Keidel a. a. O. 258.

Das Reichsrecht kommt nicht zur Anwendung, wenn die Eltern Ausländer sind, das Kind aber die Reichsangehörigkeit erworben hat.

Wechselt die Staatsangehörigkeit der Eltern, so gilt für das Rechtsverhältniß zwischen ihnen und den Kindern das Gesetz des neuen Heimathsstaats in allen Beziehungen, auch bezüglich des Vermögens.

Hatte die elterliche Gewalt ihr Ende erreicht, weil das Kind großjährig geworden war, so kann sie nicht wieder aufleben, wenn auch der Vater nachträglich die Reichsangehörigkeit erwirbt und nach deutschem Rechte das Kind noch seiner Gewalt unterworfen wäre.

Die Bestimmungen der §§ 1666 ff. sind auf Ausländer nicht anwendbar, wenigstens dann nicht, wenn nach dem für diese maßgebenden Nationalrechte ein derartiges behördliches Einschreiten nicht gegeben ist.

Andererseits ist der inländische Richter nicht verpflichtet, gegen den ausländischen Vater einzuschreiten, wenn dessen Nationalgesetz solches Einschreiten anordnet oder gestattet. Mariolle a. a. O. 312 ff.

§ 1680 findet auf Ausländer keine Anwendung. Mariolle a. a. O. 316.

2. Der Art. 134 EG., welcher die religiöse Erziehung der Kinder der Landesgesetzgebung überläßt, bedingt, daß auch die Kollisionsfrage in dieser Hinsicht nach Landesrecht zu behandeln ist. Niemeyer 157, Niedner 58.

3. Die Frage, ob für das Verhältniß von Eltern zum Kinde bei geschiedenen Ehen das maßgebliche Recht aus Art. 17 oder aus Art. 19 zu bestimmen ist, ist zu Gunsten des Art. 17 zu beantworten. Niemeyer 157.

Unbedingt ist das Scheidungsstatut nach Art. 17 maßgebend, wenn die Erziehungs- und Vermögensfragen in dem ausländischen Urtheile selbst geregelt sind. Niemeyer 157. Niedner 58. Abweichend Planck 64.

4. Die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Heirath muß anerkannt werden, wenn sie auch nur nach einem der betheiligten Personalstatute eintritt, so daß also die international-rechtliche Regelung sowohl nach Art. 14 als auch nach Art. 19 erfolgt. Niemeyer 157, Niedner 58.

XII. Uneheliches Kindesverhältniß (Artt. 20, 21, 22).

Art. 20. Ist die Reichsangehörigkeit von Mutter und Kind erloschen, so gilt für die Rechtsverhältnisse zwischen Mutter und Kind, falls beide demselben Staate angehören, dessen Recht; falls sie verschiedenen Staaten angehören, das Recht des in Anspruch Genommenen. Mantey, Rechte des unehelichen Kindes, 7.

Art. 21. Die Beachtung einer etwaigen Rückverweisung des Heimathsrechts der Mutter auf das deutsche Recht ist ausgeschlossen, da Art. 27 den Art. 21 nicht nennt. Wenn also das uneheliche Kind einer Ausländerin, nach deren Rechte der Grundsatz la recherche de la paternité est interdite gilt, bei einem deutschen Gerichte den deutschen Vater auf Alimente verklagt, so ist es abzuweisen, auch wenn das internationale Recht ihres Landes auf das deutsche Recht als lex fori verweist. Niemeyer 161, Niedner 60.

Die exceptio plurium concumbentium wird durch Satz 2 des Artikels zur zwingenden lex fori. Denn wenn der Alimentationsanspruch in einem Auslandsrechte trotz mehrfacher Konkumbenz gebilligt wird, so ist dies ein weitergehender Anspruch, als er nach deutschem Rechte begründet ist. Niemeyer 163.

Mit Rücksicht auf Art. 30 EG. könne ein ausländisches Gesetz nicht Anwendung finden, welches andere Voraussetzungen für die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters normirt als das BGB. Nicht zu berücksichtigen sei daher

ein ausländisches Gesetz, insoweit es die exceptio plurium (§ 1717) nicht zulasse, oder welches die Empfängnißzeit anders festsetze wie das BGB. Mantey 6.

Die Verpflichtung der Erben des unehelichen Erzeugers richtet sich ebenfalls nach Art. 21. Niemeyer 162. Planck 68 Bem. 3a. Jetzt auch Riedner 60.

Die vorläufige Fürsorge für den Inhalt des später zur Welt gelangenden unehelichen Kindes (§ 1716 BGB.) ist nach dem Personalstatute der Mutter zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung zu beurtheilen. Bei einer später eintretenden Aenderung des Personalstatuts und einer dadurch bedingten Aenderung der gesetzlichen Vorschriften ist auch die einstweilige Verfügung entsprechend abzuändern. Riedner 61, Niemeyer 163.

Abweichend Barazetti 90, welcher das Personalstatut der Mutter zur Zeit der Konzeption entscheiden läßt.

Unberührt von Art. 21 bleiben alle Ansprüche von Mutter und Kind, die sich auf eine Deliktsnatur des Beischlafs gründen, also der Deflorationsanspruch und die Ansprüche aus §§ 823, 825, 1300 BGB. Bezüglich dieser bleibt es bei der Regel, daß maßgebend ist das Recht des Ortes, an dem der Beischlaf vollzogen ist, mit der Maßgabe aus Art. 12. Niemeyer 164.

Die Gesetze des Staates, dem die Mutter eines unehelichen Kindes zur Zeit seiner Geburt angehört hat, sind auf Grund des Art. 21 auch für die Entscheidung darüber maßgebend, wer als Vater des Kindes zu gelten hat. Die Gesetze dieses Staates sind daher vor Allem auch dafür maßgebend, welche Einreden ein Mann gegenüber der gegen ihn erhobenen Vaterschaftsklage erheben kann; gewährt ihm das deutsche Recht noch weitergehende Vertheidigungsmittel, so kann er sich im Hinblick auf den Schlußsatz des Art. 21 auch dieser bedienen. Auch die Wirkung eines Vaterschaftsanerkenntnisses ist nach den gleichen Gesetzen zu beurtheilen, während bezüglich der Form die Bestimmung des Art. 11 Abs. 1 zur Anwendung kommt. Keidel a. a. O. 247/248.

Bestimmungen, nach welchen eine Statutenkollision bezüglich des persönlichen Verhältnisses zwischen dem natürlichen Vater und dem Kinde zu entscheiden sei, enthalte das BGB. nicht. Doch werde dem § 1589 Abs. 2 absolute Geltung beizumessen sein. Mantey 6.

Art. 22. Für die Form des Antrags und der Einwilligungserklärung zur Legitimation (§ 1730) kommt die Regel locus regit actum in ihrer fakultativen Bedeutung nach Art. 11 zur Geltung. Unbedingt zur Anwendung kommt Art. 11 bei der Adoption. Riedner 63.

Dagegen Niemeyer 159: Sowohl für die Form der Ehelichkeitserklärung und die hierauf bezüglichen Erklärungen (Antrag und Einwilligung) als auch für die Adoption ist Art. 11 Satz 2 EG. unanwendbar.

Ist der Vater (bzw. Annehmende) zur Zeit der Legitimation oder Adoption bereits gestorben, so ist doch die letzte Staatsangehörigkeit des Verstorbenen für das anzuwendende Recht maßgebend. Niemeyer 160, Riedner 62.

Die Legitimation von ausländischen Kindern aus Ehebruch ist anzuerkennen, nicht dagegen die Legitimation von ausländischen Kindern aus incestuoser Ehe. Riedner 63, Niemeyer 160.

Soweit bei der Annahme an Kindesstatt durch einen Ausländer die deutschen Gesetze keine Anwendung finden, entscheiden die Gesetze desjenigen ausländischen Staates, welchem der Annehmende angehört. Die Mitwirkung deutscher Gerichte ist bei der Annahme, auch soweit sie sich ganz oder (Abs. 2) theilweise nach ausländischem Rechte bestimmt, nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Bestätigung der Annahme an Kindesstatt durch ein zuständiges deutsches Gericht ist in diesem Falle aber insoweit unstatthaft, als nach dem maßgebenden

fremden Rechte die Adoption an eine landesherrliche oder behördliche Genehmigung gebunden ist, die — anders wie nach § 1754 Abs. 2 BGB. die deutschrechtliche Bestätigung — auch beim Vorliegen der gesetzlichen Bedingungen versagt werden kann. Dorner, FGG., 308—313.

Die Zeit der Legitimation im Sinne des Art. 22 fällt bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe mit der Eheschließung zusammen. Keidel a. a. O. 251.

Die Bestimmung des Art. 22 Abs. 2 hat nur eine Legitimation durch einen staatlichen Akt im Auge. Keidel a. a. O. 251.

Eine den Voraussetzungen des Abs. 2 entsprechende, nach ausländischem Rechte erfolgte Annahme an Kindesstatt gilt auch für inländische Rechtsverhältnisse. Keidel, Seuff. Bl. **64** 422.

In Art. 22 liegt nur eine spezielle Anwendung des nach internationalem Privatrecht allgemein geltenden Satzes, daß für die Legitimation das Personalstatut des Ligitimirenden maßgebend ist. OLG. **3** 85 (KG.).

Die Bestimmung des Art. 30 steht der Anwendung fremder Gesetze, welche bezüglich der Legitimation einem unehelichen Kinde ungünstiger sind als die deutschen Gesetze, nicht entgegen. Keidel a. a. O. 251—253.

XIII. Vormundschaft (Art. 23).

1. Das materielle Vormundschaftsrecht, insbesondere auch für die Fragen, inwieweit die im Ausland über Ausländer geführten Vormundschaften und inwieweit gesetzliche Vormundschaften ohne Einleitung einer Vormundschaft bei uns anzuerkennen sind, bestimmt sich nach dem Heimathsrechte des Mündels (Personalstatut der Staatsangehörigkeit). Niemeyer 165 unten, Niedner 64.

2. Nicht bloß die Anordnung, sondern auch die Fortführung einer Vormundschaft über einen Ausländer soll im Inlande nur dann erfolgen, wenn der Heimathsstaat die Fürsorge nicht übernimmt. Eine Vormundschaft ist daher auf Verlangen des fremden Staates an ihn abzugeben. KG. v. 11. Februar 1901 KGJ. **A 21** 203 ff.

3. Pflegschaften, soweit sie Personen betreffen, unterstehen denselben Grundsätzen wie Vormundschaften. Realkuratelen sind dagegen als Bestandtheile derjenigen Materien zu behandeln, in deren Zusammenhange das Bedürfniß der Pflegschaft entsteht. Nachlaßpflegschaft untersteht daher dem Erbstatute. Niemeyer 167.

Verliert der nach Einleitung des Entmündigungsverfahrens unter vorläufige Vormundschaft Gestellte die Eigenschaft eines Deutschen, so kann der Vormundschaftsrichter zwar vorläufige Maßregeln zur Sicherung des zu Entmündigenden treffen, hierzu gehört jedoch nicht die vorläufige Vormundschaft. Diese ist nur einzuleiten bzw. fortzuführen, wenn die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 vorliegen, wenn also der ausländische Staat die Fürsorge nicht übernimmt, aber nach den ausländischen Gesetzen dieselbe erforderlich ist. KG. v. 25. Februar 1901. KGJ. **21** A 209, Böhms Z. **11** 435 ff.

Ueber Voraussetzungen der Anordnung einer Pflegschaft über einen verschollenen Ausländer im Theilungsverfahren vgl. Note zu § 88 RG. freiw. Gerichtsb.

XIV. Erbrecht (Art. 24, 25, 26).

1. Aus dem ersten Absatze des Art. 24 und dem ersten Satze des Art. 25 ergiebt sich der Grundsatz, daß für sämmtliche erbrechtliche Verhältnisse das Recht des Staates maßgebend ist, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört.

So Niemeyer 168 in Konsequenz seiner allgemeinen Ansicht, daß der international-privatrechtlichen Regelung des EG. das Prinzip des Heimathsrechts zu Grunde liegt. Ebenso Barazetti 96 ff.

Silberschmidt, Böhms Z. 8 106. Aus der Regelung der Artt. 24 u. 25 ergiebt sich, daß der deutsche Gesetzgeber im Falle des Konflikts die Bestimmung des maßgebenden Erbrechts der Gesetzgebung des Heimathsstaats zuweist. Stimmen die mehreren in Betracht kommenden ausländischen Gesetzgebungen in Ansehung des maßgebenden Erbrechts überein, so ist dieses Erbrecht anzuwenden.

So auch Neumann Note II 1 zu Art. 25 im Zusammenhange mit seiner Anschauung, daß das EG. von dem Grundsatze der „Kompetenzerörterung" ausgehe.

Niedner steht auch hier entsprechend seiner vermittelnden Ansicht über das allgemeine Prinzip des EG. auf dem mittleren Standpunkte: „Nur wenn die mehreren ausländischen Gesetzgebungen verschiedene Kollisionsnormen haben, ist die maßgebende Kollisionsnorm durch analoge Ausdehnung der entsprechenden Bestimmung des EG. zu finden. Danach also wäre das Erbrecht des letzten Heimathsstaats des Erblassers dann anzuwenden, wenn die mehreren kollidirenden Auslandsrechte nicht übereinstimmen, also z. B. nicht gemeinsam die lex domicilii entscheiden lassen würden. Niedner 67 u. 15.

* 2. Art. 24 Abs. 2 ist aus dem engen Zusammenhange zwischen der Art und Weise der Haftung und den Verfahrensvorschriften über Nachlaßregulirung zu erklären. Niedner 69, Niemeyer 172.

3. Die Ausnahmebestimmung Art. 24 Abs. 3 Satz 1 gilt auch für die Form der Testamentserrichtung, wie der Schlußsatz ergiebt. Niemeyer 170.

Abs. 3 bezieht sich nur auf die Frage der Testirfähigkeit und die Formgültigkeit, nicht auf die materiellen Erfordernisse der Errichtung und Aufhebung. Niedner 70, Neumann a. a. O. Jetzt auch Niemeyer 171.

Die Ausnahmebestimmung des Abs. 3 bezieht sich nur auf den Fall, daß bereits eine letztwillige Verfügung errichtet ist, wie sich aus dem Wortlaute „behält er" zu folgern ist und nach der ratio legis, der Gefährdung freier Widerruflichkeit zu begegnen. Niedner 70, Planck 81, Neumann Note II 2 zu Art. 24. A. M. Niemeyer 171.

Art. 24 Abs. 3. Unter den Begriff der Gültigkeit der Errichtung oder Aufhebung falle nicht der Inhalt, der Gegenstand der Verfügung. Dieser sowie die Frage, ob durch den Inhalt eines neuen Testaments ein früheres widerrufen sei, sei nach dem für die Erbschaft überhaupt maßgebenden Rechte zu beurtheilen. Barazetti a. a. O. 5. Zustimmend Schnell, daselbst 114. A. M. Niemeyer, Intern. Privatr. (Vortrag) 32, welcher Art. 24 auch auf den Gegenstand der letztwilligen Verfügung bezieht.

Barazetti a. a. O. 2 ff. versteht die Vorschrift dahin: a) Auch derjenige Ausländer, der keine Verfügung von Todeswegen getroffen hat, behalte bei dem Erwerbe der deutschen Staatsangehörigkeit die Testamentsmündigkeit; b) der Vorschrift sei allgemein der Satz zu entnehmen, daß bei dem Wechsel der Staatsangehörigkeit überhaupt die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser zur Zeit der Errichtung angehörte, zu beurtheilen sei.

Demgegenüber legt Schnell (in derselben Ztschr. 7 114 ff.) dar: a) daß die Vorschrift sich nur auf diejenigen Ausländer beziehe, welche nach Errichtung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben; b) daß dieser Satz nicht allgemein für die Frage der Gültigkeit eines Testaments bei nachträglichem Wechsel der Staatsangehörigkeit gelte, daß diesen Fall vielmehr das internationale Privatrecht des nunmehrigen Heimathsstaats zu entscheiden habe.

4. Das EG. behandelt, wie das bisherige Recht, die Frage der gesammten Beerbung (Artt. 24 u. 25: „wird beerbt") als einheitlichen, an sich den gesammten Nachlaß umfassenden Vorgang.

Dabei ist aber die Beerbung streng zu scheiden von der Auseinandersetzung der durch die Ehe vereinigten Vermögensmassen. Diese Liquidation entnimmt ihre Regeln dem Güterrecht als demjenigen Rechte, welches die Gemeinschaft beherrscht (Art. 15), und diesem Rechte gemäß kann sowohl die Auseinandersetzung bis zum Tode oder bis zur Wiederverehelichung des zweiten Ehegatten hinausgeschoben, als auch an Stelle der Abfindung ein Erbrecht oder ein Wahlrecht zwischen Abtheilung und Erbrecht gewährt werden. So hat auch das BGB. selbst die Scheidung der güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche durchgeführt, indem es nach Beendigung der Gütergemeinschaft und Errungenschaftsgemeinschaft ein dem Gebiete des Güterrechts angehöriges Auseinandersetzungsverfahren einschob (§§ 1472, 1475/77, 1478/79, 1482), welches im IV. Buche geordnet ist, wo sich auch die Bestimmungen über Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483, 1497, 1546) finden, während der im § 1496 geregelte Fall, daß ein antheilsberechtigter Abkömmling während der fortgesetzten Gütergemeinschaft stirbt, ausdrücklich wieder zwischen seinem Antheil am Gesammtgut und seinem Nachlasse scheidet. Die Vorschriften über das Erbrecht der Ehegatten finden sich getrennt im V. Buche, welches dem Erbrechte gewidmet ist.

So richten sich denn nach Art. 24: das Intestaterbrecht (z. B. auch von illegitimen, legitimirten, adoptirten und Brautkindern), die Erbfähigkeit, die Wirkung des Erbverzichts, die Verträge über den Nachlaß Lebender, der Inhalt von Testamenten und Erbverträgen im Verhältnisse zu Pflichttheils- und Notherbenrecht. Silberschmidt a. a. O. 8 106, 107, 110, 111 f., 3 145 ff. Zustimmend Riedner, Ziff. 4c zu Art. 15 und Wagner Ziff. 5f hierzu.

Es giebt aber auch ein Pflichttheilsrecht gegenüber der Masse bei Gütergemeinschaft, welches sich auf die Abschichtung des einen oder beider Ehegatten von den Kindern bezieht. Dieses Recht ist zunächst ein güterrechtliches, und nur, soweit abgeschichtete Kinder mit ihrem Pflichttheile wirklich abgefunden sind, kommt das Erbrecht in Frage. Silberschmidt a. a. O. 3 148, 149.

Nach Güterrecht bestimmt sich die Verpflichtung zur Abtheilung, das Recht zur Forthausung, die Einkindschaftung, soweit sie als Surrogat für die Abtheilung in Frage kommt. Die vor Abschluß der weiteren Ehe zu bethätigende Einkindschaftung richtet sich daher nach dem Güterrecht der ersten Ehe. Kennt das Recht der zweiten Ehe das Institut nicht oder verbietet es, so hat es dabei sein Bewenden.

Zum Güterrechte gehören auch die Vorschriften über die Art der Theilung, das Recht zur Gutsübernahme, Vorsitz, Einstandsrechte, Voraus bei der Abtheilung, Gerade, Mußtheil, Morgengabe und Leibzucht.

Während die Fähigkeit zu testiren in Art. 24 geordnet ist, bestimmen sich gewisse, im Güterrechte wurzelnde Verbote an Ehegatten, überhaupt oder ohne den anderen Ehegatten zu testiren oder gewisse Personen zu enterben, nach Güterrecht; bestehen diese Verbote nach Güterrecht, so bleiben sie in Kraft, bis die Auseinandersetzung vollzogen ist, worauf dann das Erbrecht wieder freien Lauf hat.

Nach Güterrecht bestimmt sich die formelle Nothwendigkeit der Einleitung von Verlassenschaften und Pflegschaften, Inventuren 2c., soweit nicht zwingende Rechtssätze am Sitze des Gerichts bestehen.

Ist die Auseinandersetzung erfolgt, so können abweichende Erbrechtssätze des für die Ehe maßgebend gewesenen Güterrechts nicht mehr beachtet werden, so wenig wie güterrechtliche Bestimmungen des für die Beerbung anzuwendenden

Rechtes für die Auseinandersetzung in Frage kommen. Sache des Richters wird es sein, das in Frage kommende Erbrecht von den Elementen der Auseinandersetzung, soweit solche noch vorhanden sind, zu befreien und vorher die Auseinandersetzung nach Güterrecht unter Ausscheidung aller erbrechtlichen Punkte zu bethätigen. Silberschmidt a. a. O. 3 148 f.

Das Recht der zweiten und ferneren Ehen, welches sich an sich auch nach Art. 15 bestimmt, wird durch Art. 24 insofern beeinflußt, als die Rechte der Kinder, welche ihnen durch den Tod eines oder beider Elterntheile erwachsen sind, noch zu wahren sind und diese wiederum nach dem Güterrechte der ersten Ehe bzw. nach Art. 24 sich regeln. Ebenso können die sog. Strafen zweiter Ehen wohlerworbene Rechte der Kinder bilden, die ihnen zuzusprechen sind, falls bezügliche Vorschriften sich im Rechte der ersten oder der weiteren Ehe, abgesehen vom Erbrechte, vorfinden. Silberschmidt a. a. O. 3 153, zustimmend Niedner Ziff. 4 d zu Art. 15.

5. Keidel a. a. O. 261 ff. führt aus:

Das nach Artt. 24 Abs. 1 u. 25 anzuwendende Recht ist vor Allem dafür entscheidend, ob ein Erbfall nur bei wirklichem Tode oder auch im Falle der Todeserklärung als eingetreten zu erachten ist. Eine Ausnahme macht in dieser Richtung Art. 9 Abs. 2; in dem dort geregelten Falle bestimm sich der Eintritt des Erbfalls nach deutschem Rechte.

Dasselbe Recht entscheidet vorbehaltlich der Bestimmung in Art. 25 Satz 2 über die Erbfolgeordnung bei Intestaterbfolge.

Nach Artt. 24 Abs. 1 u. 25 und vorbehaltlich der Vorschrift des Art. 30 bestimmt sich auch die Erbfähigkeit.

Das deutsche Recht steht auch dem Erbrecht eines fremden Staates am Vermögen eines seiner in Deutschland verstorbenen Angehörigen nicht entgegen.

Das Testament eines Ausländers, der z. Z. seiner Errichtung die Fähigkeit hierzu besaß, wird nicht ungültig, wenn derselbe später Deutscher wird und nach deutschem Rechte das Testament nichtig wäre; der Satz gilt aber nicht allgemein für den Fall eines jeden Wechsels der Staatsangehörigkeit, es entscheidet hierüber vielmehr das Gesetz des Staates, dem der Erblasser bei seinem Tode angehört hat.

Ein Ausländer, der nach dem Gesetze seines Heimathsstaats fähig war, ein Testament zu errichten, von dieser Fähigkeit aber noch keinen Gebrauch gemacht hat, verliert diese Fähigkeit, wenn er Deutscher wird und nach deutschem Rechte diese Fähigkeit noch nicht besitzt.

Im Hinblick auf den Schlußsatz des Art. 24 Abs. 3 muß das Testament eines Ausländers, der später die Reichsangehörigkeit erworben hat, auch dann für gültig erachtet werden, wenn nach den Gesetzen des Staates, dem der Ausländer zur Zeit der Testamentserrichtung angehört hat, ein Testament gültig nach Maßgabe der Gesetze des Errichtungsorts nicht errichtet werden konnte. Keidel a. a. O. 270.

Dem Gesetze des Staates, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört hat, und nicht dem Gesetze des Staates, unter dessen Herrschaft das Testament errichtet worden ist, sind die Regeln für die Interpretation desselben zu entnehmen.

Die Bestimmung des Art. 24 Abs. 2 kann nur dahin ausgelegt werden, daß die Erben eines Deutschen sich bezüglich der Voraussetzungen und des Umfanges ihrer Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf die Gesetze des letzten Wohnorts des Erblassers berufen können, nicht aber dafür, daß die Frage, ob und welche Nachlaßverbindlichkeiten vorhanden sind, nach diesen Gesetzen beurtheilt werden kann.

6. Zu den Fragen, welche nach dem für die Erbschaft als solche maßgebenden Rechte zu beurtheilen sind, rechnet Barazetti, Böhms Z. **7** 320 ff., die Erbfähigkeit des Erben, den Anfall und Erwerb der Erbschaft, Verzicht auf eine angefallene Erbschaft, den Erbverzicht zu Lebzeiten des Erblassers. — Hingegen seien Vorfragen, z. B. ob ein Kind ehelich sei, ob eine Adoption vorliege, nach dem für das Familienrechtsverhältniß maßgebenden Rechte zu beurtheilen.

Die Erbfähigkeit eines Verschollenen unterstellt B. dem Heimathsrechte des Verschollenen.

7. Ueber die Anwendung des Art. 27 auf Art. 25 s. Niemeyer, Böhms Z. **11** 362 ff.: (Beerbung von Franzosen und Nordamerikanern, welche mit deutschem Wohnsitze sterben). Vgl. auch Böhms Z. **13** 502.

Art. 30 EG. kommt auch neben Art. 24 in Betracht, jedoch ist er nur mit großer Zurückhaltung anzuwenden, da eine Reihe von Spezialsätzen der Artt. 24—26 dem Prinzipe des Art. 30 bereits Rechnung tragen. Niedner 68, Niemeyer 169.

Insbesondere sind Niedner und Niemeyer anderer Ansicht als Planck 79, der den deutschen Vorschriften über Pflichttheilsrecht und Indignität absolute Geltung beimißt.

8. Die Bestimmung des Art. 30 steht der Anwendung fremder Gesetze auf Grund des Art. 25 dann entgegen, wenn der nach diesen Gesetzen als eingetreten zu erachtende Erbfall eine Folge des sog. bürgerlichen Todes einer Person wäre. Keidel a. a. O. 262.

Auf Grund des Art. 30 muß eine Person, die einen Ausländer beerbt, als erbunwürdig erachtet werden, wenn die Voraussetzungen des § 2339 BGB. gegeben sind, mag die Erbunwürdigkeit auch nach dem auf Grund des Art. 25 anwendbaren Rechte nicht gegeben sein. Keidel a. a. O. 265/266.

Auf Grund des Art. 30 muß ein Ausländer für fähig zur Errichtung eines Testaments erachtet werden, dem nach dem Rechte seines Heimathsstaats diese Fähigkeit zur Strafe entzogen ist. Keidel a. a. O. 269.

Die Bestimmung des Art. 30 steht der Anwendung fremder Gesetze über den Pflichttheil nie entgegen. Keidel a. a. O. 271.

Art. 26. Der Widerspruch gegen die Herausgabe an den Destinatär ist lediglich insoweit versagt, als der Widersprechende ein entgegenstehendes Erbrecht oder Vermächtnißanspruch geltend macht. Der Widerspruch anderer Interessenten (Nachlaßgläubiger, Pflichttheilsberechtigte) ist damit nicht ausgeschlossen. Niedner 75, Niemeyer 174, Neumann Note 2d zu Art. 26.

XV. Rückverweisung (Art. 27.)

Hinsichtlich der Frage, ob die in Art. 27 angeordnete Rückverweisung auch auf andere als die in Art. 27 genannten Thatbestände auszudehnen ist, kommen hauptsächlich folgende drei Meinungen in Betracht.

1. Die Anhänger des Prinzips der Kompetenzerörterung, insbesondere Neumann a. a. O.:

Der Art. 27 ist eine Konsequenz und eine Bestätigung des der Normirung des EG. überhaupt zu Grunde liegenden Prinzips der Zuständigkeitserwägung, wonach das EG. nicht die Grenzlinien zwischen allen Gesetzgebungen gezogen, sondern lediglich, soweit nicht besondere Inlandsbeziehungen vorliegen, die Gesetzgebung ausdrücklich oder konkludent angezeigt hat, die ihrerseits das maßgebende internationale Privatrecht zu bestimmen hat. Der Art. 27 ist insofern eine Konsequenz dieses Prinzips, als er die nach dem Prinzipe der Kompetenzerörterung mögliche Annahme, daß die angezeigte, maßgebende Auslandsgesetzgebung einzig und allein in Betracht komme, für die Fälle des Art. 27 besonders ausschließt

und für diese Thatbestände die Maßgeblichkeit des deutschen Rechtes bei Rückverweisung ausspricht. Daraus folgt aber weiter, daß die Rückverweisung auch außer den in Art. 27 aufgeführten Fällen und allgemein zu berücksichtigen ist.

2. Niedner: Die Berücksichtigung der Rückverweisung ist in allen anderen Fällen außer den in Art. 27 ausdrücklich aufgezählten ausgeschlossen, und zwar aus folgender Erwägung:

„Das Gesetz giebt dadurch, daß es in bestimmten Fällen eine vollständige Kollisionsnorm aufstellt und also die Nichtanwendbarkeit des eigenen, sondern die Anwendbarkeit eines bestimmten Auslandsrechts statuirt, eine formelle Zuständigkeitsbestimmung für das Auslandsrecht. Wenn aber unser Gesetz die Zuständigkeitsfrage für das Auslandsrecht selbst in ganz bündiger Weise und formell entscheidet, so kann eine abweichende Zuständigkeitsbestimmung des Auslandsrechts nicht berücksichtigt werden — außer in den besonderen Fällen des Art. 27, durch den das Gesetz die Berücksichtigung der ausländischen Zuständigkeitsbestimmung, nämlich die der Rückverweisung, anordnet." So Niedner 77/78.

3. Der Art. 27 enthält ein Prinzip für die beschränkte Berücksichtigung der Rückverweisung, nämlich das Prinzip, daß in allen den Fällen, in denen unser Recht für Ausländer, deren Heimathsrecht maßgebend erklärt, die Rückverweisung des Heimathsrechtes auf das deutsche Recht zu befolgen ist. So Niemeyer 85, der u. A. bemerkt:

„Zunächst sind die im Art. 27 aufgeführten Thatbestände (Artt. 7, 13, 15, 17, 25) sämmtlich solche, in denen das Gesetz das Heimathsrecht als maßgebend erklärt hat. Gegen die hieraus zu ziehende Folgerung kann nicht etwa ein Einwand durch die Berufung auf Artt. 21 und 23 und deren Nichtauslassung im Art. 27 geltend gemacht werden. Freilich enthalten auch Artt. 21 und 23 als Kollisionsnorm die Maßgeblichkeit des Heimathsrechts; allein in den Inhalt der Artt. 21 und 23 ist bereits die Berücksichtigung der Rückverweisung aufgenommen, ja sie ist noch überboten."

4. Angewandt auf die Eheschließung von Ausländern in Deutschland (Art. 13 Abs. 1) hat die Bestimmung des Art. 27 die Wirkung, daß ein Ausländer unter Umständen in Deutschland gültig eine Ehe schließen kann, die er in seinem Heimathsstaate nicht schließen könnte, und daß ihm umgekehrt in Deutschland die Schließung einer Ehe versagt ist, die er in seinem Heimathsstaate schließen könnte. Keidel a. a. O. 31/32.

Die Anwendung des Art. 27 auf das eheliche Güterrecht (Art. 15 Abs. 2) ergiebt, daß das deutsche Recht zur Anwendung kommt, a) wenn nach den Gesetzen des Heimathsrechts der Ehegatten das eheliche Güterrecht sich nach den Gesetzen des ersten ehelichen Wohnsitzes bestimmt und dieser in Deutschland gelegen ist, b) wenn nach den Gesetzen des Heimathsstaats bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes das eheliche Güterrecht nach den Gesetzen des neuen Heimathsstaats oder Wohnsitzes sich bestimmt. Keidel a. a. O. 44.

5. Niemeyer 82: Die „Weiterverweisung hat neben Artikel 27 keinen Raum."

Verweist das anzuwendende fremde Recht auf ein drittes, so ist nicht dieses, sondern das im verweisenden Staate gültige Recht anzuwenden. Es ist eben dieses Recht der Entscheidung zu Grunde zu legen und nicht die Frage dahin zu stellen, wie der Richter im betreffenden Lande entscheiden würde. Von diesem zur Vermeidung eines unentwirrbaren Zirkels zur Anwendung gelangten Grundsatzes des internationalen Rechtes ist Art. 27 nur eine Ausnahme. Eben deshalb geht es nicht an, mit Niemeyer und Barazetti den Art. 27 dahin ausdehnend zu interpretiren: wo das EG. das Heimathsrecht für entscheidend erklärt

geschieht es nur unter der Voraussetzung, daß nicht dieses Recht auf das deutsche zurückverweist. Die Ausnahme ist nur in den speziell genannten Fällen zulässig, sonst entscheidet die Regel. Silberschmidt, Böhms Z. 8 100. Zustimmend Niedner Ziff. 3 I c β und 3 II zu Art. 27 und Wagner Ziff. 2.

Die Zulassung der Rückverweisung ist eine Ausnahmevorschrift. Prinzipiell ist die Rück- und Weiterverweisung zu verwerfen. Dieser Grundsatz ist eine Folgerung aus den allgemeinen Grundsätzen über die Natur und das Wesen der örtlichen Kollisionsnormen, insbesondere dem aus der Vergleichung mit den Grundsätzen über die zeitliche Wirksamkeit der Gesetze gewonnenen Ergebnisse: Wenn das Gesetz eine vollständige Kollisionsnorm aufstellt, also positiv normirt, daß im Falle der Nichtanwendung des eigenen Rechtes ein bestimmtes fremdes Recht Platz greifen soll, so giebt es — wenn auch inkompetent hierzu — eine formelle Zuständigkeitsbestimmung für das ausländische Recht. Es giebt sie ebenso, wie sie der Gesetzgeber bei den Grundsätzen über die zeitliche Wirksamkeit der Gesetze gegeben haben würde, wenn er beispielsweise in Art. 189 EG. sich nicht darauf beschränkt hätte, zu bestimmen, daß im Falle der Nichtgeltung des jetzigen Rechtes das bisherige Recht gelten solle, sondern positiv bestimmt hätte, daß bis zum 1. Oktober 1872 (Inkrafttreten der Preuß. GBO.) die bis dahin geltenden Gesetze, vom 1. Oktober 1872 bis 1. Januar 1900 aber die dann geltenden Gesetze entscheidend sein sollten. Wenn aber unser Gesetzgeber die Zuständigkeitsfrage für das Auslandsrecht selbst entscheidet, so kann unser Richter die abweichenden Zuständigkeitsbestimmungen des Auslandsrechts nicht weiter berücksichtigen. Niedner a. a. O. 69, 70 Note 3 b.

Die Verweisung des ausländischen Rechtes auf das Recht eines anderen ausländischen Staates ist nicht zu berücksichtigen. Sartorius, Komm. z. Personenstandsges. 280.

Verweist das ausländische Recht auf das deutsche zugleich aber für den Fall, daß letzteres auf ersteres zurückverweist, auf sich selbst, so ist das deutsche Recht zur Anwendung zu bringen. Mariolle, Seuff. Bl. 63 123.

Verweist der fremde Staat auf das Gesetz eines dritten Staates, so hat der Richter das deutsche Gesetz anzuwenden. Die Verweisung auf das Gesetz eines dritten Staates muß er unbeachtet lassen. Erler, PosMschr. **99** 125.

Keidel a. a. O. 238: Der Art. 27 entscheide nur die Streitfrage, ob der Verweisung auf das nationale Recht die Bedeutung innewohne, daß das Recht des Heimathstaats als Ganzes, also einschließlich der in demselben enthaltenen Normen des internationalen Privatrechts Beachtung finden sollen. Hierin, nicht in der Anwendung des deutschen Rechtes liege der Schwerpunkt der Bestimmung. Da die Verweisung des Nationalgesetzes auf die Gesetze des Eheschließungsorts stets nur fakultativ sei, so werde auf Grund des Art. 27 das deutsche Recht nicht ausschließlich zur Anwendung zu bringen sein. Die Ehe sei deshalb gültig, wenn sie gemäß Art. 13 den Nationalgesetzen der Eheleute, aber nicht dem gemäß Art. 27 anzuwendenden deutschen Rechte entspreche. („Richtig" ist nach Mittheilung des Verfassers irrig.)

XVI. Art. 28.

Der Ausdruck „besondere Vorschriften„ in Art. 28 besagt nur: Vorschriften, welche die betreffenden Gegenstände nicht als Bestandtheile der in Frage kommenden Vermögensgesammtheiten mit dieser einer einheitlichen rechtlichen Behandlung „per universitatem" unterziehen, welche diese vielmehr als res singulares einer besonderen Behandlung, („besonderen Vorschriften" in diesem Sinn) unterwerfen. Niemeyer 88.

Die Einbeziehung des Art. 27 in die Bestimmung des Art. 28 bedeutet: man soll nicht etwa die Kollisionsnormen, welche die lex rei sitae für eheliches Güterrecht, Kindesvermögen, Erbrecht aufstellt, auf das Gesammtvermögen als solches einschließlich der fraglichen Gegenstände beziehen und gemäß Art. 27 dabei die Rückverweisung auf deutsches Recht beachten. Dies hat gemäß Art. 27 allerdings z. B. dann zu geschehen, wenn die Erbschaft eines in Deutschland domizilierenden Dänen in Frage steht, der Immobilien in Dänemark hinterläßt. Da das dänische Recht die lex domicilii für das Erbrecht zu Grunde legt, und zwar auch hinsichtlich der Immobilien, gleichviel wo sie liegen, so ist hier von deutschen Gerichten die Erbfolge auch für jene dänischen Immobilien nach deutschem Recht zu richten. Art. 27 findet hier uneingeschränkt Anwendung; der Fall des Art. 28 ist nicht gegeben. Zufolge der Einbeziehung des Art. 27 in die Vorschrift des Art. 28 ist dies aber anders bezüglich der in England belegenen Nachlaßimmobilien eines mit deutschem Domizil gestorbenen Engländers. Das englische Recht legt für das Erbrecht nicht Heimathrecht, sondern lex domicilii zu Grunde. Die somit scheinbar vorliegende Rückverweisung des englischen Rechtes auf das deutsche Recht ist aber zufolge Art. 28 für englische Immobilien nicht zu beachten, weil Immobilien nach englischem Recht von der Maßgeblichkeit der lex domicilii ausgeschlossen und der lex rei sitae unterstellt sind. Niemeyer 88, 89.

Die Ausnahme des Art. 28 wird auch für diejenigen Fälle gelten müssen, in denen die ausländischen Gesetze nicht auf Grund der ausdrücklichen Bestimmungen der fraglichen Artikel, sondern auf Grund des daraus abzuleitenden höheren Prinzips abzuleiten sind. Planck 90.

Art. 28 bildet zu Gunsten der lex rei sitae eine Ausnahme von dem Grundsatze der Beerbungseinheit. Silberschmidt, Böhms Z. 8 107; 3 142.

Aus Art. 28 läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß dem Vater der Nutzgenuß am unbeweglichen Vermögen seiner Kinder, der ihm nach den Gesetzen seines Heimathstaats zusteht, vorenthalten bleibt, wenn die Gesetze des Ortes, wo die unbeweglichen Sachen gelegen sind, ein solches Recht nicht kennen. Keidel a. a. O. 256 257; vgl. auch 258, 259.

Auf Grund des Art. 28 finden die Vorschriften des Art. 24 Abs. 1 und des Art. 25 keine Anwendung, wenn nach dem Rechte des Staates, in dem eine Sache gelegen ist, für diese ein eigenes Erbfolgerecht besteht, wie z. B. für Majorate, Fideikommisse, Bauerngüter, oder wenn nach diesem Rechte die Theilung von Grundbesitz ausgeschlossen oder beschränkt ist. Keidel 272.

Auf Grund des Art. 28 ist die Erbeinsetzung einer religiösen Gesellschaft oder eine Fideikommißerrichtung ungültig, wenn die Gesetze des Ortes, wo die betreffenden Sachen gelegen sind, derartige Verfügungen nicht zulassen. Keidel a. a. O. 272.

Die von Barazetti aus Art. 28 gefolgerte Ausnahme für Stammgüter, Fideikommisse und Bauerngüter ist in Wahrheit keine Ausnahme, sondern, wie auch schon nach bisherigem Rechte, gehören solche Institute mit eigener Erbfolge, wenn sie nach dem anzuwendenden Rechte zugelassen sind (Art. 59), nicht zum Nachlasse, mit dem nur eine Art von Personalunion bestand. Silberschmidt, Zeitschr. f. intern. Pr.- u. Strafr. 8 107 f. auch 3 142.

XVII. Art. 29.

1. Mehrfache Staatsangehörigkeit.

a) Konkurrenz von deutscher Staatsangehörigkeit mit einer ausländischen. Es entscheidet unbedingt die deutsche Staatsangehörigkeit. Zitelmann I 174, Niemeyer 64, Niedner 83. Die Entscheidung ist der Prüfung des einzelnen Falles anheimzustellen. Neumann zu Art. 29.

b) Konkurrenz mehrerer ausländischer Staatsangehörigkeiten

α) bei gleichzeitigem Erwerbe der mehreren entscheidet der Wohnsitz. Niedner 83, auch Niemeyer 65, jedoch nur dann, wenn nicht nach der ratio des Personalstatuts einer der mehreren Staatsangehörigkeiten konkret die vorwiegende Bedeutung zukommt. Ähnlich Zitelmann I 176. Neumann a. a. O. überläßt auch hier der Prüfung des Einzelfalles die Entscheidung,

β. bei sukzessivem Erwerb entscheidet ebenfalls der Wohnsitz. Niedner 84, Planck 93. Die ältere Staatsangehörigkeit entscheidet. Niemeyer 65, Zitelmann I 176.

Im Falle der Konkurrenz mehrerer ausländischer Staatsangehörigkeiten muß der Wohnsitz entscheiden. Die zuletzt begründete Staatsangehörigkeit kann nicht maßgebend sein, weil die Staaten das Prinzip der Auswanderungsfreiheit bislang nicht voll und ganz verwirklicht haben und es auch nicht angängig erscheint, neben dem Staatsbürgerrecht in politischer Beziehung ein solches in privatrechtlicher Beziehung zu konstruiren. Der älteren Staatsangehörigkeit würde nur dann der Vorzug gegeben werden können, wenn ein allgemein anerkannter dahin gehender völkerrechtlicher Grundsatz existirte. Die Ansicht, welche den Wohnsitz entscheidend sein läßt, kommt insofern derjenigen, welche die letztbegründete Staatsangehörigkeit entscheiden läßt, im Ergebnisse nahe, als regelmäßig die Naturalisation nur im Falle der Wohnsitzbegründung nachgesucht werden wird und mehr oder minder in den Gesetzen als Bedingung der Naturalisation aufgestellt wird. — Niedner a. a. O. 75, 76 Note 3 b β β.

2. **Mehrfache Staatsangehörigkeit und mehrfacher Wohnsitz.**

a) Konkurrenz von deutschem mit ausländischem Wohnsitze. Der deutsche inländische Wohnsitz entscheidet. Niedner 85. Dasjenige Domizil entscheidet, welches die intensivste und dauerhafteste Beziehung zu der in Rede stehenden Rechtsfrage darstellt. Niemeyer 73, Zitelmann I 180.

b) Konkurrenz mehrerer ausländischer Domizile. Der Aufenthaltsort entscheidet. Niedner 85. Wie unter a) Niemeyer 73, Zitelmann I 180. Planck will grundsätzlich den Aufenthalt entscheiden lassen; in den Fällen aber, wo die maßgebenden Gesetze sich nach der jeweiligen Staatsangehörigkeit bestimmen, den älteren Wohnsitz.

3. **Mangel einer einheitlichen Gesetzgebung im Heimathstaate.**

Niemeyer 68 läßt diesen Falles statt der Staatsangehörigkeit den derzeitigen oder falls solcher nicht vorhanden den letzten Wohnsitz im Heimathsstaate entscheiden. Zitelmann a. a. O. 405.

4. Auf Art. 15 ist Art. 29 nicht anwendbar, da in Art. 15 nicht schlechthin die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für maßgebend erklärt sind, sondern die Zeit des Eheabschlusses entscheiden soll. Ihm kann man nicht das in jenem Momente nicht mehr vorhandene Staatsangehörigkeitsverhältniß substituiren, während sich für gewisse andere, mehr dem öffentlichen Rechte angehörige Verhältnisse die Forderung recht wohl rechtfertigen läßt, daß die der aufgegebenen Staatsangehörigkeit entsprechenden Bestimmungen bis zur Erwerbung einer neuen fortwirken müssen. Silberschmidt, Böhms Z. 8 99; dagegen Wagner 4bα zu Art. 15.

Art. 29 regelt die Rechtszuständigkeit der staatenlosen Personen nur für die Fälle, in denen das EG. die Geltung des Heimathrechts für Jedermann, ohne Unterschied ob Inländer oder Ausländer festsetzt. Soweit das EG. dagegen nur für Deutsche die Geltung des heimathlichen Rechtes feststellt, will es

auch für Staatenlose eine gesetzliche Kollisionsnorm nicht aufstellen. Sartorius, Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit, Verwaltungsarchiv 7 331 Anm. 25 (Sonderabdruck 13 Anm. 25).

XVIII. Art. 30.

Richtig ausgelegt könne diese Vorschrift, wenigstens in allen eherechtlichen Fragen, nur die Anwendung eines fremden Rechtes im Gebiete des Deutschen Reichs hindern, aber nicht zur Anwendung abweichenden deutschen Rechtes führen. — Nicht anwendbar sei ausländisches Eheschließungsrecht, wenn es dem deutschen Rechte in folgenden Punkten zuwiderlaufe: 1. hinsichtlich der Nothwendigkeit der Auflösung einer früheren Ehe; 2. hinsichtlich der ehehindernden Verwandtschafts- und Schwägerschaftsgrade; 3. hinsichtlich des Verbots der Ehe zwischen den an einem Ehebruche Mitschuldigen. Keidel a. a. O. 237 f., 239.

Das unsittliche, an sich dem fremden Rechte unterstehende Rechtsverhältniß ist dann dem deutschen Rechte unterworfen, wenn es im Inlande a) verwirklicht werden soll oder b) entstanden ist oder c) unter fortdauernd sich erneuernden Wirkungen besteht. — Völkerrechtswidrige Vorschriften des ausländischen Rechtes werden durch Art. 30 nicht betroffen. Daraus sich ergebenden Konflikten zu begegnen, ist lediglich die Retorsionsvorschrift des Art. 31 bestimmt — Niedner a. a. O. 78 Nr. 4 80 Nr. 7.

Dazu bemerkt Niemeyer, Das IPR. des BGB. 101: „Ich halte diese Formel theils für zu weit, theils für zu eng. Sie deckt z. B. nicht den Fall, daß die deutsche Staatsangehörigkeit einer betheiligten Person das maßgebliche Anknüpfungsmoment bildet und sie geht vielleicht zu weit, wenn die Entstehung im Inland als stets rechtfertigendes Anknüpfungsmoment hingestellt wird. Die Hauptsache aber ist, daß solche Formeln nur abgeleiteten Werth haben. Non ex regula jus sumatur sed ex jure quod est (d. h. hier die im Einzelfalle maßgebliche rechtspolitische Rücksicht) regula."

Niemeyer a. a. O. 93 ff. führt aus:

„Sinn und Funktion dieser Bestimmung des Art. 30 ist insoweit zweifellos, als durch sie eine Einschränkung der Anwendung des nach sonst geltenden Kollissionsgrundsätzen maßgebenden Auslandsrechts ausgesprochen wird."

Die Vorschrift spricht nur in der Verneinung. Sie schließt unter den angegebenen Voraussetzungen nur die Anwendung ausländischen Rechtes aus, ohne zu sagen, ob und welches andere Recht angewendet werden soll. Daß aber etwa an Stelle des perhorreszirten Rechtes ein drittes Recht als maßgebend behandelt werden sollte, ist nach dem Zusammenhang ausgeschlossen. Dagegen ist möglich, daß es rein negativ bei der Nichtanwendung des fremden Rechtssatzes bewendet, ohne daß etwa deutsches Recht angewendet wird. Soweit der Rechtssatz des fremden Rechtes, dessen Anwendung gemäß Art. 30 perhorreszirt wird, sich aus seiner Umgebung herauslösen läßt, ohne daß dadurch der innere Zusammenhang zerrissen wird, bewendet es bei der Nichtanwendung dieses Satzes. Beispielsweise: Nach russischem Rechte ist die Eheschließung zwischen (römischen oder griechischen) Katholiken und Nichtchristen nichtig. Wenn ein deutscher Jude mit einer russischen Katholikin vor einem deutschen Standesbeamten die Ehe geschlossen hätte (sei es, daß ein Trauerlaubnißschein, § 1315 BGB., nach dem Landesrechte nicht erforderlich war, sei es, daß er irrig ausgestellt oder versehentlich von seiner Beibringung Abstand genommen war), so würde an sich nach Art. 13 EG. die Ehe auch von deutschen Gerichten für nichtig erklärt werden müssen. Angenommen nun, die Anwendung des angeführten russischen Rechtssatzes würde von uns als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen und darum durch Art. 30 ausgeschlossen sein, so stünde selbstverständlich

der Anwendung des russischen Rechtes auf jene Eheschließung in anderer Hinsicht gemäß Art. 13 EG. nichts entgegen. Die Ehe könnte darum doch aus anderen Gesichtspunkten gemäß dem russischen Rechte für nichtig erklärt werden, z. B. weil die Ehefrau zur Zeit der Eheschließung bereits das 80. Lebensjahr erreicht hatte, oder weil sie bereits dreimal verheirathet war.

In anderen Fällen wird die gemäß Art. 30 erfolgende Nichtanwendung fremder Rechtsvorschriften aber nothgedrungen die Konsequenz der exklusiven Anwendung deutscher Rechtsvorschriften haben. Wenn z. B. das nach Analogie des Art. 14 EG. für das persönliche Verhältniß der Ehegatten maßgebliche Auslandsrecht dem Ehemanne Züchtigungs- und Einsperrungsrecht gegenüber der Frau gewährt und der Ehemann in Deutschland von diesem Rechte Gebrauch macht, so würden wir hierin einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken und wenn etwa die Frau wegen fortgesetzter Züchtigungen den Mann verläßt, so würde die Nichtanwendung der das Züchtigungs- und Einsperrungsrecht gewährenden Auslandsvorschrift doch wohl dazu führen, daß nunmehr auch § 1361 BGB. zur Anwendung käme. Denn „Nichtanwendung jener Auslandsvorschrift" durch unsere Rechtspflegeorgane bedeutet, daß wir die durch sie erlaubte Züchtigung als nicht erlaubt und als Verstoß gegen die aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringenden Pflichten ansehen und zwar als einen solchen Verstoß, welcher die Frau berechtigt, das eheliche Zusammenleben zu weigern, woraus sich dann die Verpflichtung des Mannes ergiebt, der Frau während der Trennung Unterhalt gemäß § 1361 BGB. zu gewähren.

Daß die Grenze zwischen den Fällen bloßer Nichtanwendung fremden Rechtes und „exklusiver" Anwendung deutscher Rechtssätze in einer Formel zu bestimmen, nicht etwa zusammenfällt mit der in Art. 30 gemachten Unterscheidung zwischen „Verstoß gegen die guten Sitten" und „Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes", lehrt schon das eben angeführte Beispiel. Jedes der beiden Kriterien des Art. 30 kann ebensowohl zur bloßen Nichtanwendung ausländischer Vorschriften wie zur exklusiven Anwendung deutscher Vorschriften führen.

Die Fassung „Nichtanwendung ausländischer Gesetze" empfängt also ihre richtige Beleuchtung und Erklärung lediglich durch den Gegensatz zu anderen, die Anwendung ausländischen Rechtes als Regel vorschreibenden Hauptnormen. Sie deckt in der Sache auch die Fälle absoluten Durchgreifens unserer eigenen Rechtssätze.

Die Bestimmung entspricht nach Allem nicht so sehr konkreten Erwägungen, als dem allgemeinen Bedürfniß, ein „Sicherheitsventil" zu schaffen, welches den Rechtspflegeorganen ermöglicht, die Grenzen der Anwendbarkeit fremden Rechtes im Einzelfall abweichend von den allgemeinen Regeln enger zu ziehen. Weder der Begriff „gute Sitten", noch der Gesichtspunkt „Zweck eines deutschen Gesetzes" ist genügend, um der Entscheidung im Einzelfalle nach dem Maßstabe logischer Subsumtion als exakte Richtschnur dienen zu können. Das Wesentliche bleibt das den Rechtspflegeorganen ertheilte Blankomandat, wobei die „guten Sitten", und der „Zweck eines deutschen Gesetzes" nur ungefähre Gesichtspunkte bedeuten, welche darauf hinweisen, daß die ausnahmsweise Ablehnung ausländischen Rechtes nur in solchen Fällen erfolgen soll, in denen dessen Anwendung durch rechtspolitische Gesichtspunkte gefordert wird, deren Berechtigung der inländischen Rechtsanschauung zweifellos erscheint, sei es, weil sie in der einheimischen Rechtsordnung zum Ausdrucke gekommen sind, sei es, weil sie in dem ethischen Gesammtbewußtsein gegeben sind. Die Motive Gebhards 153 drückten sich darüber folgendermaßen aus: „Der Entwurf sieht davon ab, eine allgemeine Regel darüber, welche Rechtssätze als exklusive anzusehen sind und wieweit im einzelnen Falle die Exklusivität trägt, aufzustellen. So gewiß sittliche,

wirthschaftliche oder politische Motive einem Rechtssatze innewohnen, der die Anwendung fremden Rechtes ausschließt, beziehungsweise an dessen Stelle selbst angewandt sein will, so fehlt es doch an jedem ausreichenden objektiven Maßstabe für die Beantwortung der Frage, ob und beziehungsweise wie weit diese Motive im einzelnen Falle die Exklusivität bedingen. Hierüber wird nur das Reich der nach freiem, durch besonnene Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen entscheiden können."

Derartige Blankettvorschriften gehören zu den wichtigsten Rüststücken der Gesetzgebung, und sie sind um so besser, je deutlicher sie ihre wahre Natur selbst zu erkennen geben. Je klarer in dem Richter das Bewußtsein erweckt wird, daß ihm für den gegebenen Fall die Aufgabe des Gesetzgebers mit Recht und Pflicht übertragen ist, um so vollkommener wird er sich selbst über die rechtspolitischen Motive seiner Entscheidung Rechenschaft geben. Je mehr eine jenes Verhältniß verdunkelnde Formulirung die Gefahr nahe legt, daß der Richter glaubt, lediglich zu subsumiren, während er in Wahrheit eine selbständige Entscheidung fällt, um so größer ist auch die Gefahr von Fehlsprüchen.

Die Natur des Art. 30 als einer solchen Blankettvollmacht ist nun durch seinen Text und seine Stellung hinreichend deutlich erkennbar gemacht. Es fragt sich nur, einerseits inwieweit der Artikel dem freien Ermessen dennoch gewisse Schranken setzt, und andererseits, ob sich innerhalb dieser Schranken etwa allgemeinere Regeln aufstellen lassen, welche der Praxis als Richtschnur dienen können.

Die Schranken sind ebensowohl durch das Wort „Anwendung" als durch die Kriterien der „guten Sitten" und „Zweck eines deutschen Gesetzes" gezogen. — Indem das Gesetz den Maßstab dieser letztgenannten beiden Kriterien nicht an die Anerkennung der ausländischen Vorschriften selbst, sondern an ihre **Anwendung durch die deutschen Rechtspflegeorgane** anlegt, wird den Entscheidungen deutscher Rechtspflegeorgane aus Art. 30 eine inhaltliche Beschränkung insofern auferlegt, als diese Entscheidungen — um ein berühmt gewordenes Bild von Bar zu gebrauchen — nicht den in fremder Rechtsordnung stehenden Stamm des betreffenden Rechtsverhältnisses selbst zu treffen haben, sondern nur diejenigen Zweige und Schößlinge, welche im Bereich unserer Rechtsordnung hervortreten und welche unsererseits abgehauen und abgegraben werden sollen. Das traditionelle Schulbeispiel für jene Einschränkung in dem Maße der Ablehnung solcher ausländischer Rechtsinstitute, deren Anwendung sich mit unseren guten Sitten und mit dem Zwecke unserer Gesetze nicht verträgt, ist die **Polygamie**. Selbst die polygamische Ehe müssen wir an sich gelten lassen, z. B. soweit es sich um Mohamedaner in der Türkei handelt. Die aus solcher Ehe entsprossenen Kinder müssen wir als eheliche anerkennen. Aber vor einem deutschen Standesamte kann ein Mohamedaner eine Mehrehe selbst mit einer Mohamedanerin nicht eingehen. Hier durchbricht Art. 30 die Kollisionsregel des Art. 13. — Zufolge jenes Prinzips müssen aber auch die Entscheidungen unserer Rechtspflegeorgane in dem Sinne ergehen, daß den Entscheidungen ausländischer Organe dadurch nicht präjudizirt wird. Wenngleich wir unsererseits die Hand zur Verwirklichung derartiger ausländischer Rechtssätze nicht bieten, so wollen wir doch nicht der Verwirklichung der fremden Rechtsordnung durch deren eigene Organe entgegentreten, selbst wenn wir es mit Aussicht auf praktischen Erfolg können. Der Türke, dessen polygamische Eheschließung wir ablehnen, kann sich in seine Heimath begeben und dort eine Mehrehe mit der Wirkung schließen, daß auch wir sie als gültig anerkennen. Wenngleich wir ferner unsererseits in dem vorhin unterstellten Falle die beantragte Nichtigkeitserklärung der russisch-jüdischen Ehe ablehnen, so hat doch Art. 30 nicht die Wirkung, daß wir der

Nichtigkeitserklärung, welche ein demnächst angegangenes russisches Gericht auf Grund des von uns abgelehnten Gesichtspunkts ausspricht, die Anerkennung versagen. Eine eigenartige Gestalt kann der vorstehend vertretene Gedanke dann annehmen, wenn auf Grund des Art. 30 eine Klage abgewiesen wird. Die Abweisung geschieht dann in gewissem Sinne nur „angebrachtermaßen". Die Entscheidungen des ROHG. **25** 53 und **RG.** **29** 90 ff. — s. besonders 96 — geben diesem Gesichtspunkt praktischen Ausdruck.

Art. 30 beschränkt die Ablehnung oder Anwendung ausländischen Rechtes auf die Gesichtspunkte der „guten Sitten" und des „Zweckes deutscher Gesetze". Darin ist z. B. nicht eingeschlossen die Ablehnung ausländischen Rechtes unter dem Gesichtspunkte der Völkerrechtswidrigkeit. Wenn dem betreffenden Auslandrecht an sich Geltung und nach den für uns sonst geltenden Kollisionsnormen Anwendbarkeit zukommt, so kann auf Art. 30 nicht seine Ablehnung gegründet werden. Der § 2264 des veröffentlichten zweiten Entwurfes schrieb die Ablehnung auch vor „wenn das ausländische Gesetz die Rechte der Fremden in unbilliger Weise beeinträchtigt". Der Bundesrath hat diese Klausel gestrichen. Der Geltendmachung völkerrechtlicher und politischer Gesichtspunkte dient lediglich der Art. 31.

Wann die Anwendung ausländischen Rechtes einen Verstoß gegen die „guten Sitten" enthalten würde, ist eine ebenso allgemeine und zugleich ebenso kasuistische Frage, wie etwa die, welche Anforderungen die bona fides stellt, welche norma agendi in dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben enthalten ist, wann dolus, culpa, casus vorliegt. Es könnte überflüssig erscheinen, vor der Verwechselung von „guten Sitten" und „Sittlichkeit" zu warnen, wenn nicht die Judikatur und die Literatur unserer Frage diese Verwechselung auf Schritt und Tritt aufwiese. Auch hier ist wieder zu betonen, daß es sich nicht um die Prüfung handelt, ob das Auslandsrecht gegen die guten Sitten verstößt, sondern ob dessen Anwendung im Bereich unserer Rechtsordnung unseren Anschauungen über gute Sitten zuwiderlaufen würde. Das Auslandsrecht kann „ländlich sittlich" sein, während seine Anwendung bei uns unser ethisches Gefühl verletzen würde. Der Maßstab der Sittlichkeit (auch wenn man von dem schließlich allein entscheidenden individuellen Maßstab absieht und nur an konventionelle Moral denkt), kann aber für unsere Rechtspflegeorgane gar nicht in Betracht gezogen werden. Die „guten Sitten" sind nur eine zusammenfassende Bezeichnung für die in der Rechtsordnung in Betracht kommenden ethischen Anschauungen, das Wort „ethisch" im groben Sinne genommen. Die Blankettnatur des Begriffs „gute Sitten" bedeutet nicht die Unmöglichkeit, in wissenschaftlicher Weise generelle Gesichtspunkte und Formeln aufzustellen, welche des Näheren die Handhabung der Vorschrift analysiren. Zitelmann I 334—368 hat das in umfassender und eindringender Weise unternommen. Aber man darf die Aufstellung solcher Gesichtspunkte doch nur im Sinne einer Abstraktion aus der Kasuistik, nicht im Sinne bindender Normen für die Einzelbehandlung bewerthen. Und so bleibt die Entscheidung doch immer wieder dem Einzelfall unmittelbar gemäß der gesetzlichen Vorschrift selbst vorbehalten. Kahn, Iherings J. **39** 4 ff., hat einer generellen Durcharbeitung und — wenn ich ihn recht verstehe — der Dogmatisirung derjenigen Gesichtspunkte das Wort geredet, welche in der Lehre vom „ordre public" enthalten sind. „Was man unter den Gesetzen der öffentlichen Ordnung, der Vorbehaltsklausel und Aehnlichem zusammenzufassen pflegt, ist der noch unerkannte und der noch unfertige Theil des internationalen Privatrechts. „Jede Ausnahme von einer sonst geltenden Regel, jede speziellere, neu sich bildende Kollisionsnorm, jede Abänderung, Umformung einer bestehenden pflegt eingeführt zu werden mit

jenem passe-partout des ordre public." Riedner 77 hat Kahn so verstanden, daß diese Sätze sich auch ohne Weiteres auf Art. 30 EG. „das verkleinerte Abbild des ordre public" beziehen. So verstehe ich Kahn nicht. Was von den wissenschaftlichen Kategorien des ordre public, der „Vorbehaltsklausel" u. s. w. gilt, das gilt nicht auch von Art. 30. Wenn Kahn (insbesondere 34 ff.) betont, daß die „Prohibitivgesetze" nicht absolut oder exklusiv angewendet werden, vielmehr wie alle anderen Gesetze unter der Voraussetzung bestimmter Anknüpfungen und wenn er in der Klarlegung dieser Anknüpfungen die Aufgabe sucht (112), welche die Erbschaft der Lehre vom ordre public anzutreten hat, so steht das doch auf einem anderen Blatte, als die Interpretation des Art. 30. Kahn hebt (29) hervor, daß die Thatsache der Anrufung inländischer Rechtspflegeorgane die maßgebende Anknüpfung bilden kann. Dieser Anknüpfung fällt bei der Anwendung des Art. 30 offenbar eine große Rolle zu. Dazu aber müssen oft genug, wie Kahn (35) hervorhebt, noch andere Anknüpfungen zutreffen, wie z. B. inländischer Wohnsitz, inländischer Aufenthalt, inländischer locus actus, inländische Lage eines Gegenstandes, in manchen Fällen auch deutsche Staatsangehörigkeit. Es ist werthvoll, dies Alles grundsätzlich klar zu stellen. Aber auch in der von Kahn hervorgehobenen Maßgeblichkeit und Mannigfaltigkeit der Anknüpfungsmomente, welche die Ablehnung ausländischen Rechtes und die „exklusive" Anwendung einheimischen Rechtes bedingen und begrenzen, liegt doch nur ein Gesichtspunkt, welcher die kasuistische Durchführung des Art. 30 begleitet, nicht leitet. Das Gleiche gilt bestenfalls von Riedners Versuch, im Anschluß an Kahn und Zitelmann, eine nähere Anweisung für die Anwendung des Art. 30 durch die Formel zu geben:

Was das Kriterium „Zweck eines deutschen Gesetzes" betrifft, so gilt von den Versuchen (Riedner 79/80) nähere Regeln aufzustellen, das Gleiche. So ist z. B. die Bezugnahme auf den zwingenden Charakter unseres öffentlichen Rechtes und der Hinweis auf die demgemäß anzunehmende Exklusivität der mit unserem öffentlichen Rechte untrennbar zusammenhängenden Privatrechtsvorschriften im Grunde auch nur wieder petitio principii. Die Frage wird damit nur an einen anderen Punkt gerückt, nicht aber gelöst.

Daß in Bezug auf den Art. 30 die bisherige Praxis Vorbilder und Anknüpfungen geben kann, sofern das neue Recht mit dem alten übereinstimmt oder altes Recht fortgilt, liegt auf der Hand. Daß aber überall eine selbständige Prüfung nach Maßgabe einerseits des Art. 30 EG., andererseits der in Frage stehenden besonderen Rechtssätze ist, bedarf kaum der Erwähnung."

Zweiter Abschnitt.

Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 32. 1. a) Ueber das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Reichsgewerbeordnung vgl. den eingehenden Aufsatz von Neukamp, VerwA. 5 209 ff. o. u. Ziff. 2 zu § 394.

b) v. Blume, R. 02 138: Art. 32 EG. und § 616 BGB. s. o. Ziff. 4 zu § 616; vgl. Verw.A. 7 480 ff.; Fuld, Die Aufhebung des Dienstvertrags nach der Gewerbeordnung, Gruchots Beitr. 44 592 ff., führt gegen Hilse, R. 02 69 aus, daß § 616 BGB. kraft EG. z. BGB. Art. 32 seine Wirksamkeit auch auf die Rechtsverhältnisse der Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen und Handlungsgehülfen erstreckt. (Vgl. auch o. Ziff. 3 zu § 616.)

c) Der Reichsgewerbeordnung gegenüber muß die Aufhebung, die sich aus dem BGB. oder dem EG. z. BGB. ergiebt, ausdrücklich sein. Andernfalls geht, soweit unstimmige Sätze nicht in Einklang zu bringen sind, die Gew.O. vor.

Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerblichen Arbeitsvertrag, Fischers Z. 23 4. (Vgl. o. Ziff. 4 zu § 616.)

2. Dem Kläger, der die Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten gegen den Acceptanten einklagt, sind auch für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 noch 6 % Zinsen zuzuerkennen. Denn zufolge EG. z. BGB. Art. 32 sind die Bestimmungen der Artt. 50, 51 WO. über die Höhe der Zinsen im Falle des Regresses in Kraft geblieben und nach Gewohnheitsrecht, das zufolge EG. z. BGB. Art. 2 in Kraft geblieben ist, ist dieser Zinsfuß auch für die Verpflichtung des Acceptanten maßgebend. OLG. 1 259 (KG.).

Art. 33. Das Reichsgericht hat entschieden, daß die Vorschriften des BGB. über Verwandtschaft und Schwägerschaft nach EG. z. BGB. Art. 33 nur auf das GVG., die CPO., StPO., KO. und das Anf.G. anzuwenden sind, auf das St.-GB. aber in solchen Fragen (vgl. StGB. § 173 Abs. 2) das BGB. ohne Einfluß bleibt und der Begriff der Schwägerschaft im StGB. ein ausschließlich strafrechtlicher ist. RG. DJZ. 02 177.

Art. 34. Ziff. 2. Vom Aussteller in den Verkehr gebracht ist die genehmigungslose Urkunde erst dann, wenn ein Anderer unter wissentlicher Mitwirkung des Ausstellers das Eigenthum an der Urkunde erworben hat. Ritter, Allgem. Lehren 156.

Art. 41. Finger, Elf. Lothr. JZ. 27 91, 202: Ueber die Entlassung von Minderjährigen aus dem Staatsverband und die Beschwerde aus FrGG. §§ 20, 57: I. Die Materie der Entlassung von Kindern unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft aus dem Staatsverband ist durch Art. 41 Ziff. 2 EG. in das Gesetz vom 1. Juni 1870 verwiesen, jedoch kommen auch die §§ 1827, 1847 BGB. in Betracht. Ein Kind oder Mündel kann für seine Person allein aus dem Staatsverband entlassen werden. Der für volljährig erklärte Minderjährige kann seine Entlassung bei der Verwaltungsbehörde selbständig, ohne Vermittelung der Vormundschaftsbehörde, beantragen.

Sowohl der höheren Verwaltungsbehörde als auch der Vormundschaftsbehörde steht ein Prüfungsrecht über die Entlassung zu, das sachlich verschieden ist; jene entscheidet ausschließlich über die Fragen des öffentlichen Rechtes im Rahmen des § 15 G. 1. 6. 70, die Vormundschaftsbehörde ebenso ausschließlich über die Frage, ob die Entlassung im Interesse des Kindes liegt. Die Verwaltungsbehörde prüft

1. die Rechtsgültigkeit des Antrags und der Genehmigung nach der formalen Seite (§ 13 G. 1. 6. 70). Dazu gehört auch die Frage, ob die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde vor der Stellung des Antrags auf Entlassung ertheilt ist, da andernfalls die Genehmigung unwirksam wäre (§§ 111, 1831 BGB.). Sie hat nicht die Gründe des Antrags und der Genehmigung wegen des Interesses des Kindes zu prüfen (G. 1. 6. 70);

2. ob keiner der im § 15 G. 1. 6. 70 genannten Gründe der Entlassung entgegensteht.

Bestehen zu 1 und 2 keine Bedenken, so muß sie die Entlassung ertheilen.

Anders die Aufgabe der Vormundschaftsbehörde. Ueber den Umfang ihres Prüfungsrechts sind ihr im Gesetze keine bestimmten Weisungen ertheilt. Maßgebend ist das ganze private Interesse des Kindes, einerlei, ob die Gründe dafür dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Rechte angehören; nicht nur Gründe der Nothwendigkeit, sondern auch Nützlichkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe kommen dabei in Betracht. Auf Grund des § 15 G. 1. 6. 70 kann z. B. die Vormundschaftsbehörde nach Lage des Falles zu der Ueberzeugung gelangen, daß die Erfüllung der Wehrpflicht in Deutschland

auch im privaten Interesse des Kindes liegt, oder daß der Eintritt in fremden Militärdienst von Nachtheil für das Kind ist; dann hat sie die Genehmigung zu verweigern. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Entlassung nur ein Deckmantel ist, um das Kind öffentlichen inländischen Pflichten zu entziehen, ohne daß dadurch das Interesse desselben gefördert wird.

II. Die Verwaltungsbehörde hat gegen die Entscheidung der Vormundschaftsbehörde über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung ein Beschwerderecht; a) aus § 20 FrGG., wenn die Entscheidung der Vormundschaftsbehörde ihr Recht, das ihr § 15 des G. 1. 6. 70 zuweist, beeinträchtigt, nicht aber wegen des privaten Interesses des Kindes oder Mündels; b) aus § 57[9] FrGG. Die Entlassung aus dem Staatsverbande betrifft die Person oder die Person und das Vermögen des Kindes. Die Verwaltungsbehörde hat als die Behörde, welche die Entlassung aus dem Staatsverband ertheilt, das berechtigte Interesse (§ 59[9] FrGG.), dabei auch zu prüfen, ob das private Interesse des Kindes oder Mündels gewahrt ist. Ist dies nach ihrer Ansicht nicht der Fall, so hat sie ein Beschwerderecht aus § 57[9] FrGG., jedoch nur im Rahmen der Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde, also zur Wahrung des privaten Interesses des Kindes, nicht aus § 15 des G. 1. 6. 70 allein, d. h. deshalb, weil durch die Entlassung des Kindes oder Mündels die Wehrkraft des Deutschen Reichs geschädigt wird s. auch Schultheis, VormR. 174.

Zu dem Antrag auf Verleihung der Staatsangehörigkeit an einen Minderjährigen ist, wenn es sich um einen Deutschen handelt, keine obervormundschaftliche Genehmigung nöthig; bei Ausländern entscheidet das fremde Recht. Planck, zu Art. 41 Anm. 2a, Niedner, zu Art. 41 Anm. 6d.

Aus Sartorius, Der Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit nach dem RG. v. 1. Juni 1870 in der Fassung des EG. z. BGB. (Sonderabdruck aus dem Verw.A. 7), sind als Ergebnisse, welche unmittelbar auf die durch das EG. eingeführten Aenderungen des Staatsangehörigkeitsgesetzes Bezug haben, hervorzuheben:

1. In §§ 11, 19, 21 Abs. 2 ist ein selbständiger staatsrechtlicher Begriff der Familiengemeinschaft mit der Bedeutung festgesetzt, daß bestimmte Veränderungen der Staatsangehörigkeit des Familienvorstandes sich von Rechtswegen, ohne daß es eines Antrags bedarf, auf die Angehörigen erstrecken. Für die Entscheidung, für welche Personen die im Gesetze festgesetzten zivilrechtlichen Voraussetzungen der Familienangehörigkeit vorhanden sind, ist stets — auch wenn es sich um den Verlust der Staatsangehörigkeit handelt — das deutsche bürgerliche Recht maßgebend (17 ff.). Verw.A. 7 344 ff.

2. Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit des Ehemanns nach §§ 11, 19, 21 Abs. 2 erstreckt sich auf die Ehefrau nicht, solange die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Eine während dieser Zeit in der Staatsangehörigkeit des Ehemanns eingetretene Veränderung wird selbst im Falle der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht nachträglich auf die Frau erstreckt. Die Ehefrau nimmt nur an denjenigen Veränderungen der Staatsangehörigkeit des Ehemanns, welche nach der Wiederherstellung erfolgen, Theil 30 ff., 348 ff.

3. Unter den Kindern sind nur leibliche Kinder zu verstehen 40, 358.

4. „Kraft elterlicher Gewalt" im Sinne der §§ 11, 19, 21 Abs. 2 steht die gesetzliche Vertretung minderjähriger Kinder dem Aufgenommenen (Naturalisirten u. s. w.) nur zu, sofern er die elterliche Gewalt als eigenes Recht besitzt. Erwerb oder Verlust einer Staatsangehörigkeit durch die Mutter, welche die elterliche Gewalt nur im Namen des Vaters nach § 1685 BGB. ausübt, erstreckt sich daher auf die von ihr vertretenen Kinder nicht von Rechtswegen 36 ff., 354 ff.

5. Aus demselben Grunde kann nach § 14a Abs. 2 die Mutter, welche die elterliche Gewalt im Namen des Vaters ausübt, auch wenn sie gleichzeitig ihre eigene Entlassung beantragt, auf die des Kindes nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Antrag stellen 81, 399.

6. Der Genehmigung des Beistandes bedarf der Antrag der Mutter auf Entlassung des von ihr vertretenen Kindes nur, sofern das Erforderniß der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht besteht 82, 400.

7. Das Abhängigkeitsverhältniß der Staatsangehörigkeit der Ehefrau von der des Ehemanns wird durch die Ausnahmevorschrift des § 19 Abs. 2 a. E. nicht berührt 62 ff., 380 ff.

Das Vormundschaftsgericht hat bei seiner Entscheidung über den Antrag des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen auf Genehmigung der Beantragung der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit nur das Wohl und Interesse des Kindes zu prüfen, nicht militärische Interessen wahrzunehmen.

Der Verwaltungsbehörde gebührt allein die Wahrnehmung der militärischen Interessen. Inwieweit diese eine Verweigerung der Entlassung begründen können, ist in den §§ 15, 17 G. 1. 6. 70 erschöpfend geregelt. Der Verwaltungsbehörde steht gegen die genehmigende Verfügung des Vormundschaftsgerichts eine **Beschwerde aus FrGG. § 20 Abs. 1 nicht zu.** LG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **26** 452, R. **01** 358, CBlFrG. **2** 339.

Art. 42. Hilse, Maß der Schadloshaltung aus der Haftpflicht für verschuldete Betriebsunfälle, R. **01** 141, 142.

Rechtsprechung: **Wer bei dem Betrieb einer Eisenbahn körperlich verletzt ist und nicht bloß auf Grund des HaftpflG. § 1 von dem Betriebsunternehmer, sondern auch nach BGB. §§ 823 ff. in Verbindung mit HaftpflG. § 9 in der Fassung des EG. z. BGB.** Art. 42 **von einer anderen Person für den durch die Verletzung entstandenen Schaden Ersatz verlangen kann, ist nicht verpflichtet, dem Betriebsunternehmer gegen Zahlung der Entschädigung seinen Anspruch gegen die andere Person abzutreten.** OLG. Celle, R. **01** 24.

Art. 52. Meyer, R. **01** 15 **hält eine Verurtheilung unter dem Vorbehalte der Rechte des Beklagten aus den Artt. 109, 52, 53 EG. z. BGB. und § 1128 BGB. für unzuläßig, da der Beklagte** im **Wege der Einrede geltend machen könne, daß und welche Realberechtigte vorhanden seien, für welche die Entschädigung an das Gericht gezahlt werden könne.**

Art. 53. Widerspruchsberechtigter im Sinne dieser Vorschrift, **insbesondere im Falle einer Entschädigung nach §§ 14, 16 des Gesetzes über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden vom 13. 2. 75 (RGBl. 62), des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. 6. 73 (RGBl. 129), der Reichsgewerbeordnung vom 26. 7. 97 § 51, ist auch der Vormerkungsberechtigte.**

Abs. 2 **greift auch dann Platz, wenn das Recht des Dritten eine vorgemerkte Hypothek u. s. w. ist.** Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, 103 Ziff. XVII; s. auch Bem. zu Art. 52.

Dritter Abschnitt.

Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Posener, Das deutsche Reichsrecht im Verhältnisse zum Landesrecht. 1900. (Bd. 3 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrechte von Brie.) — **Zitelmann**, Zum Grenzstreite zwischen Reichs- und Landesrecht. 1902.

Zitelmann 5, 6, 9, 11, 14—36, 49, 50 stellt für diesen Abschnitt folgende allgemeine Sätze auf: Alle Vorbehalte — abgesehen von denjenigen **der Artt.** 56—58 — grenzen die Vorschriften, die sie herausheben wollen, nur **ihrem**

Inhalte nach ab, folglich ist bei einem jeden Landesgesetze, das eine Vorbehaltsmaterie hat ordnen wollen, jeder einzelne Satz dieses Gesetzes daraufhin zu prüfen, ob er auch inhaltlich unter den Vorbehalt fällt. Die Vorbehalte sind hinsichtlich der Art und Form der inhaltlichen Abgrenzung sehr verschiedener Natur. Vorbehalten aber sind durch das BGB. stets nur die Bestimmungen, die für einen bestimmten, dem Landesrechte vorbehaltenen Rechtstheil etwas Besonderes an rechtlicher Behandlung festsetzen oder die zwar inhaltlich etwas Gleiches auch in anderen Materien festsetzen, aber jedesmal aus besonderen, in dem eigenthümlichen Lebensverhältnisse wurzelnden Gründen, nicht aus der Erkenntniß eines einheitlichen Prinzips heraus. Ob aber eine im Sinne des EG. z. BGB. vorbehaltene Sondervorschrift oder eine nicht vorbehaltene allgemeine Bestimmung in dem Sinne vorliegt, daß sie für mehrere Rechtstheile aus gemeinsam angestellten Erwägungen geschaffen ist, das zu entscheiden, muß der Prüfung des einzelnen Falles überlassen bleiben. Ist dann aber einmal festgestellt, daß der landesrechtliche Satz wirklich ein allgemeiner ist, so muß er auch durch Art. 55 als beseitigt gelten, nur darin liegt eine Aushülfe, daß es dem Gesetzgeber nach EG. z. BGB. Art. 3 unbenommen bleibt, den als allgemeinen, vom 1. Januar 1900 an abgeschafften Satz nunmehr als Sondersatz einzuführen.

Art. 55. Allgemeine und spezielle Vorbehalte für die Landesgesetzgebung (vgl. Riedner, Bem. V zu Art. 55 EG. z. BGB.). Die speziellen lassen bald eine Ergänzung, bald eine Aenderung der Vorschriften des BGB. zu. Auf Grund dieser bricht Landesrecht Reichsrecht nur, soweit es diesem widerspricht. Im Uebrigen gilt Reichsrecht. Die allgemeinen Vorbehalte, welche der Landesgesetzgebung eine ganze Materie entweder unbeschränkt oder mit gewissen Beschränkungen überweisen, lassen keinen Raum für Widersprüche zwischen Reichs- und Landesrecht, da das BGB., von gewissen Sondervorschriften abgesehen, diese Materien gar nicht geregelt hat. Nur das Zwangserziehungsrecht bildet eine Ausnahme (s. zu Art. 135). Muskat, A.bürgR. 20 279 ff.

Zitelmann a. a. O. 51—58 prüft das Verhältniß der Bestimmung des Art. 55 zum internationalen Privatrecht und führt aus, daß auch dessen Normen zu den „privatrechtlichen Vorschriften" im Sinne des Art. 55 zu rechnen sind. In Folge dessen sind die örtlichen Anwendungsnormen der Landesgesetze ebenfalls im Allgemeinen außer Kraft gesetzt, und zwar derart, daß sie nicht einmal zur Ergänzung des lückenhaften Reichs-Internationalprivatrechts herangezogen werden dürfen. Nur insoweit diese örtlichen Kollisionsnormen durch Vorbehalte des BGB. geschützt sind, können sie auch weiterhin Geltung beanspruchen. Mithin ist das internationale Landesprivatrecht nur soweit vorbehalten, als es für Rechtsfragen, die dem Gebiet einer Vorbehaltsmaterie angehören, eine international-privatrechtliche Sonderbestimmung enthält.

Art. 56. Niedner 121 Bem. 3; Planck EG. 134; Zitelmann a. a. O. 50—52 faßt die Bedeutung dieser Vorschrift dahin zusammen: Art. 56 bestimmt, daß, wenn der Bundesstaat durch einen Gesetzgebungsakt einen Staatsvertrag zugleich zum innerstaatlichen materiellen Rechte gemacht hat, dann diese innerstaatlichen Rechtssätze auch in dieser ihrer Eigenschaft unberührt bleiben.

Er ist in Wahrheit nur eine Uebergangsbestimmung, mithin kann auch Art. 3 auf diesen Vorbehalt nicht wie für die anderen Vorbehalte des EG. z. BGB. in Anwendung kommen. In Folge dessen darf, wenn ein derartiger Staatsvertrag als solcher außer Kraft getreten ist, der Einzelstaat nunmehr die Vertragsbestimmungen nicht einseitig als innerstaatliches Recht weiter bestehen lassen, wie auch eine inhaltliche Aenderung der materielles Recht bildenden Vertragsbestimmungen nicht möglich ist.

Art. 57. Zitelmann a. a. O. 61—62: Auch die Vorschriften des internationalen Privatrechts haben gegenüber den besonderen Vorschriften der Hausverfassungen und der Landesgesetze in Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen und der diesen gleichgestellten Familien nur subsidiäre Geltung, obwohl die Vorschriften des EG. z. BGB. im Art. 57 nicht mitgenannt sind, da dieses offenbar nur aus Versehen unterlassen worden ist, als das stark gekürzte internationale Privatrecht aus dem BGB. selbst in das EG. versetzt wurde.

Art. 58. Die Vorschriften des BGB. über den Wohnsitz gehören nicht zu denen über die Familienverhältnisse und Güter der vormals reichsständischen Häuser. **RG.** JW. **01** 832.

Art. 59. Die Bestellung einer Pflegschaft für ein Familienfideikommiß und die bei ihm betheiligten unbekannten Anwärter liegt in Preußen dem Oberlandesgericht ob; eine vom Amtsgerichte bestellte Pflegschaft ist wegen sachlicher Unzuständigkeit unwirksam; der § 7 FrGG. findet hier keine Anwendung. Dagegen findet auf die vom OLG. angeordnete Pflegschaft der § 32 FrGG. Anwendung. Josef, Komm. z. R.- und Preuß. FrGG. Anm. 2 zu § 7 und Zus. IV a. E. zu § 32; vgl. KGJ. **25** A 214.

Art. 62. Durch Art. 62 wird die gesammte zur Zeit der Erlassung des Pr. G. 26. 4. 1886 bestehende Rechtslage der Rentengüter vollständig aufrecht erhalten, so daß auch solche dinglichen Rechte an ihnen gegenwärtig begründet werden können, die nach dem früheren Rechte zulässig, nach dem BGB. unzulässig sind. LG. Bromberg, PosMschr. **01** 138.

Art. 64. Varenhorst, DJZ. **01** 254, Das bäuerliche Recht und das BGB.: Bedeutung der Bestimmungen des BGB. über die eheliche Gütergemeinschaft und das Erbrecht für das Recht des bäuerlichen Grundbesitzes.

Art. 65. Streiten die Parteien über Fragen des Wasserrechts, z. B. über das Recht, Wasser aus einem Bache zu entnehmen, so kommt nach EG. z. BGB. Art. 65 das Landesrecht zur Anwendung. **RG.** R. **01** 19.

Desgleichen richtet sich die Schadensersatzpflicht des Uferbesitzers an einem Privatflusse bei Verunreinigung des Wassers durch einen Oberlieger nach Landesrecht. **RG.** JW. **01** 18.

Art. 67. Auf den Bergarbeitsvertrag des sächsischen Rechtes findet das BGB. hülfsweise Anwendung, kann jedoch durch den Vertrag ausgeschlossen werden, der nur den Beschränkungen des sächsischen Bergrechts (G. 22. 5. 51; Allgem. Berggesetz 16. 6. 68; G. 2. 4. 84, 18. 3. 87, 5. 3. 92) unterworfen ist. Vollmer, Einfluß des BGB. auf den Arbeitsvertrag, Fischers Z. **23** 5, 23.

Rechtsprechung: 1. Unverleihbare, dem Eigenthümer des Grundstücks zukommende Mineralien sind nicht Gegenstand der dem Bergrecht angehörenden landesgesetzlichen Vorschriften, wie sie EG. z. BGB. Art. 67 im Auge hat. OLG. **2** 121 (KG.).

2. Auf Grund der Artt. 67 Abs. 2, 52, 53 EG. z. BGB. können der Hypothek nur solche Entschädigungsgelder haften, auf die dem Grundeigenthümer erst nach dem 1. 1. 00 durch Eintritt der Bergschäden ein Anspruch zusteht. OLG. **1** 328 (Hamm).

3. Ist in einem Landesgesetze bestimmt, daß bei freiwilligen Veräußerungen von Kuxen der bisherige Eigenthümer der Gewerkschaft für die Zubußen verpflichtet bleibt, deren Erhebung vor dem Antrag auf Umschreibung der Kuxe beschlossen ist, so bestimmt sich die Frage, ob der bisherige und der jetzige Eigenthümer für die Zubußepflicht Gesammtschuldner sind und ob die Schuld

des einen durch Erfüllung des anderen getilgt wird, nach den Vorschriften des BGB. OLG. Celle, R. 00 620.

4. Auch wenn eigene Interessen des Repräsentanten einer Gewerkschaft mit deren eigenen zusammenstoßen, bleibt er bei Beschlußfassungen in der Gewerkenversammlung nach §§ 111, 115 Pr. Bergg. stimmberechtigt. Hieran ist durch das BGB. § 34 und EG. z. BGB. Art. 163 nichts geändert worden. OLG. 3 265 (KG.).

Art. 68. Durch diese Vorschrift sind Rechtssätze aufrecht erhalten, die innerhalb lokaler Grenzen für bestimmte, den bergrechtlichen Bestimmungen nicht unterliegende Mineralien vererbliche und veräußerliche Rechte Dritter zulassen, nicht aber die allgemeinen Sätze des in Deutschland früher geltenden Rechts über sogenannte irreguläre Servituten. OLG. 2 122 (KG.); KGJ. 24 A 142.

Art. 73. Das Eigenthum am Meeresstrande steht nach geltendem gemeinen Rechte und ALR. (II. 14 § 21, II. 15 § 80) dem Staate zu. Dies Recht ist aber von dem privaten fiskalischen Eigenthum verschieden und schließt es aus. Dies hindert unter Umständen nicht, eine vor Aufnahme des römischen Rechtes erlassene landesherrliche Urkunde über die Verleihung von Eigenthumsrechten am Meeresstrande dahin auszulegen, daß damit unbeschränkte Eigenthumsrechte an einem Theile des Meeresufers und zwar des im Laufe der Zeiten veränderlichen Meeresstrandes durch Privileg übertragen werden sollten. RG. R. 00 373.

Art. 75. 1. Eccius, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Kammergerichts in Grundbuchsachen, DJZ. 02 61, wendet sich gegen die Entscheidung KGJ. 22 A 185 (CBlFrG. 2 123), wonach die Eintragung einer Hypothek auf einem hessischen Hausgrundstücke, trotzdem die nach Reichsrecht die Hypothekeneintragung begründenden Urkunden vorgelegt waren, abgelehnt wurde, weil der nach einer kurhessischen Verordnung von 1767 erforderte Schein der hessischen Brandversicherungsanstalt für das zu verpfändende Gebäude fehlte: Diese Bestimmung gehört nicht dem landesrechtlichen, öffentlichen Versicherungsrechte, sondern dem bürgerlichen Pfandrecht an, ist also durch das BGB. aufgehoben. Die Vorbehalte des Reichsrechts zu Gunsten des Landesrechts sind einschränkend auszulegen.

2. Aus der Rechtsprechung:

a) § 2165 II. 8 ALR., wonach eine Aenderung in der Person des Eigenthümers der gegen Feuer versicherten Sache nichts in der Versicherung ändert, ist auch jetzt noch gültig. LG. Frankfurt a/O., KGBl. 01 98.

b) Die Rechts- und Parteifähigkeit einer früher begründeten Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit bestimmt sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den Vorschriften des früheren Rechtes. OLG. 4 200 (Kiel).

c) Die landesgesetzlichen Vorschriften des Versicherungsrechts, des öffentlichen sowohl als des privaten, sind durch Art. 75 aufrecht erhalten worden. KGJ. 22 A 185 (s. oben Ziff. 1).

d) Aus dem Vorbehalt des Art. 75 ist nicht zu folgern, daß die Landesgesetze, die nicht dem Versicherungs-, sondern dem allgemeinen Vertragsrecht angehören und für Versicherungen nur, weil diese eine Kategorie der Verträge bilden, von Bedeutung waren, aufrecht erhalten sind. Die Auslegungsregel des Art. 1162 code civil ist daher seit dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr in Geltung. RG. R. 02 210.

Art. 77. Nach Schneickert, JW. 02 333ff. hat ein öffentlich bestellter Sachverständiger nicht als Beamter des Staates zu gelten, da dessen öffentliche Bestellung noch keine Beamteneigenschaft erzeugt und demnach ein Staat, der die Haftpflicht zu Gunsten seiner Beamten anerkennt, für Pflichtverletzungen des öffentlich bestellten Sachverständigen nicht haftet. Wie dieser, so haftet auch der von einer Prozeßpartei gewählte und vorgeschlagene private

Sachverständige für seine Pflichtverletzungen auf Grund der Bestimmungen des Dienstvertrags persönlich. Mangelnde Sorgfalt bei Auswahl eines Sachverständigen begründet jedoch auch für die auswählende Partei ein Verschulden. Besteht die Thätigkeit eines Sachverständigen nur in einer Auskunfts- oder Rathertheilung, so tritt hier die Bestimmung des § 676 BGB. in Geltung. In diesem Falle haftet der Sachverständige bloß bei arglistigem Handeln.

Rechtsprechung: 1. Durch die von der Militärbehörde zu Uebungs- und Verkehrszwecken errichtete Telegraphenleitung war ein zufällig vorüberkommender Soldat getödtet worden. Die Militärhoheit des Reiches kommt für die Haftpflicht nicht in Frage. In der Unterhaltung und Beaufsichtigung eines dem Militärfiskus gehörenden Gegenstandes ist lediglich eine privatrechtliche Angelegenheit zu sehen. OLG. **5** 246 (Colmar), Puchelts Z. **33** 669; **RG. R. 02** 586.

2. Die Gesammtheit der Rentengutsübernehmer im Sinne der preußischen Rentengutsgesetzgebung bildet keinen Kommunalverband im Sinne des Art. 77. OLG. **5** 302 (KG.).

3. Die Syndikatsklage des früheren sächsischen Rechtes ist durch das BGB. dahin erweitert worden, daß die Beamten auch für geringe Fahrlässigkeit einstehen müssen. OLG. 5 343ff. (anders **4** 282) (Dresden).

Art. 81. In Preußen sind keine landesgesetzlichen Bestimmungen vorhanden, welche die Aufrechnung gegen Ansprüche auf Besoldung, Wartegeld usw. gemäß Art. 81, abweichend von § 394 BGB., zulassen. OLG. **6** 225 (Kiel).

Art. 86. 1. a) Eulau, HessRspr. **1** 87, 95: Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen, mit besonderer Beziehung auf Art. 12 HessEG. z. BGB.

b) Geiger, Die Neugestaltung der bayerischen Amortisationsvorschriften durch das BGB. für das Deutsche Reich. A.kathKR. **80** 259ff.

2. Rechtsprechung: a) Nach dem in Preußen bestehenden Verwaltungsrechte (KO. 21. 2. 1845, 30. 3. 1886, JMBl. **45** 70, **86** 96) muß dem Grundbuchrichter die Genehmigung des Ministers zum Erwerbe von Grundstücken für den Fiskus nachgewiesen werden. OLG. **3** 6 (KG.). Vgl. KGJ. **24** A 121.

b) Der Grundstückserwerb durch juristische Personen innerhalb Preußens ist unter Beseitigung der bisher in den einzelnen Landestheilen bestehenden Verschiedenheiten durch Art. 7 Pr. AG. z. BGB. einheitlich geregelt. Darnach bedürfen ausländische Personen, insbesondere auch Aktiengesellschaften, der Genehmigung des Königs. Eine an sich zulässige Ueberweisung dieser Genehmigung an eine bestimmte Behörde ist bis jetzt nicht erfolgt. Die Genehmigung ist auch erforderlich, wenn die ausländische juristische Person im Inland eine Zweigniederlassung besitzt, welcher das Grundstück dienstbar gemacht werden soll, da der im Betriebe der Zweigniederlassung gemachte Erwerb Eigenthum desjenigen wird, dem die Hauptniederlassung gehört. CBlFrG. **2** 204 (KG.).

c) Eine Gewerkschaft des neuen preußischen Rechts bedarf zum Erwerbe von Grundstücken, auch wenn deren Werth den Betrag von 5000 Mark übersteigt, nicht der Genehmigung einer staatlichen Aufsichtsbehörde. KGJ. **24** A 98, auch OLG. **4** 302.

d) Die Schulgemeinden in Holstein bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken nur der Genehmigung der kgl. Schulvisitatorien, nicht der Regierung. KGJ. **23** A 139.

e) In Preußen bedarf die katholische Kirchengemeinde bei Grunderwerb im Werthe von mehr als 5000 M. der staatlichen Genehmigung. § 50 des preußischen Gesetzes vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden ist durch Art. 7 § 1 AG. z. BGB. beseitigt. Wenn nach § 7 bei Erwerb mehrerer Grundstücke der Werth zusammenzurechnen ist, so gilt dies doch nicht für den Fall, daß die Grundstücke von verschiedenen Ver-

käufern an die Gemeinde verkauft werden, mögen diese Käufe auch in einer Urkunde beurkundet sein und in einem Termin aufgelassen werden. OLG. 5 252 (KG).

Art. 87. v. Brünneck, Gruchots Beitr. 45 193 ff.: Das Klostergelübde und seine vermögensrechtliche Bedeutung im Gebiete des preuß. ALR. — Geiger, Die Stellung der Klöster und Ordenspersonen im BGB. Arch. f. kath. KR. 80 493—521.

v. Brünneck äußert sich über die Bestimmungen dieses Artikels und seine Wirkungen auf das geltende preußische Recht folgendermaßen: Mönche und Nonnen haben nach dem Inkrafttreten des BGB. Rechtsfähigkeit erlangt und können für sich selbst Vermögen erwerben. Für das Geltungsgebiet des ALR. bestehen zur Zeit noch dessen Bestimmungen über die Beschränkung des Erwerbes von Lehngütern durch Ordenspersonen. Für die Entscheidung der Frage, ob Religiose Familienfideikommisse erwerben können, ist der muthmaßliche Wille des Stifters, sofern er nicht aus der Stiftungsurkunde des Fideikommisses hervorgeht, zu ermitteln. Als Auslegungsregel kommt in Betracht: für die vor dem 1. Januar 1900 errichteten Fideikommisse ist anzunehmen, der Stifter habe die in einen religiösen Orden eingetretenen Familienmitglieder nicht zu Erbfolge in das Fideikommiß zulassen wollen, dies gilt sowohl für die unter dem ALR. als schon vor dessen Inkrafttreten — dem 1. Juni 1794 — errichteten; für die nach dem 1. Januar 1900 begründeten oder noch zu begründenden Fideikommisse ist aber der Wille des Stifters nicht nach einer festen Regel, sondern aus seiner Persönlichkeit, dem Zwecke seiner Stiftung und der Art des zum Fideikommisse gewidmeten Gegenstandes zu ermitteln.

Nach BGB. können die Religiosen frei unter Lebenden und von Todeswegen über ihr Vermögen zum Vortheil Anderer verfügen. Nur unterliegen sie in Betreff ihrer Verfügungsfähigkeit auch im Verhältnisse zu ihrem Kloster den allgemeinen gesetzlichen Beschränkungen (z. B. BGB. §§ 310, 312). Jedoch ist hiermit nicht gesagt, daß der andere Theil durch ihre Verfügung auch gültig erwirbt. In Preußen können mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen Mönche und Nonnen durch Schenkungen und letztwillige Verfügungen unbeschränkt erwerben. Juristische Personen unterliegen den durch das preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch Art. 7 aufgestellten Beschränkungen des Erwerbes von Grundstücken und beweglichen Gegenständen. Die preußischen Klostergesellschaften dürfen daher weder von anderen Personen noch von ihren eigenen Mitgliedern durch Schenkung oder letztwillige Verfügung oder lästiges Rechtsgeschäft Grundstücke im Werthe von mehr als 5000 M. ohne staatliche Genehmigung erwerben. Es sind auf sie vielmehr die für die Kirchengesellschaften und die geistlichen Gesellschaften der katholischen Kirche überhaupt geltenden Bestimmungen der §§ 152, 194 II. 11 ALR. und des § 2 G. 7. 6. 76 über die Aufsichtsrechte des Staates bei der Vermögensverwaltung in den katholischen Diözesen anzuwenden, jedoch nur innerhalb der Grenzen des Art. 7 Pr. AG. z. BGB., also für den Erwerb von Grundstücken im Werthe von über 5000 M.

Bei dem Erwerbe von beweglichen Sachen und Forderungen ist zu prüfen, ob die Klostergesellschaft etwas entgeltlich oder durch Schenkung oder letztwillige Verfügung, insbesondere ihrer Mitglieder, erwirbt.

Nach katholischem Kirchenrechte haben die Professen ihre Klostergesellschaft als Eigenthümerin aller beweglichen und unbeweglichen Güter anzusehen, die ihnen zur Zeit ihres Eintritts in das Kloster gehören oder später etwa von ihnen erworben werden und sie an die Klostervorsteher herauszugeben. Die Klostergesellschaft ist daher berechtigt, von ihren Professen die Uebertragung des Eigenthums an ihrem Vermögen auf sie durch die nach bürgerlichem Rechte dazu erforderlichen Rechtsgeschäfte zu verlangen. Eine Schenkung durch einen Professen

wäre bei ausschließlicher Anwendung des katholischen Kirchenrechts also ausgeschlossen.

Nach preußischem Rechte, insbesondere dem ALR., haben die Gelübde von Religiosen privatrechtliche Bedeutung, jedoch nur so lange, als der Profeß freiwillig Mitglied der von ihm gewählten Klostergesellschaft bleibt. Die Unterwerfung der Mönche und Nonnen unter das Gelübde ist daher keine unbedingte. Das BGB. verleiht ihnen zwar die Rechtsfähigkeit, beseitigt aber nicht ihre Verpflichtung zur kirchlichen Armuth als Folge des Gelübdes. Jedoch sind sie demnach nicht gezwungen, ihr Vermögen auf ihre Klostergesellschaft zu übertragen, denn diese hat auch unter dem ALR. kein Recht darauf gehabt. Obwohl §§ 1199 bis 1209 II. 11 ALR. durch das BGB. und das Pr. AG. z. BGB. Art. 89 aufgehoben sind, ist die Verpflichtung der Mönche und Nonnen zur kirchlichen Armuth trotzdem weder überhaupt noch im Verhältniß zu ihren Orden eine andere geworden.

Das ALR. erkannte auch die Pflicht zum Gehorsam gegen den Orden an. Dies kann die vermögensrechtliche Folge haben, daß die Klostervorsteher den ihnen untergebenen Religiosen befehlen, ihr Vermögen dem eigenen Kloster zuzuwenden. Hiermit aber überschreiten sie ihre Befugnisse. Weder sie noch die Kirche sind in der Abfassung der Ordensregeln unbeschränkt. § 1180 II. 11 ALR. gestattet deren Aenderung nur mit staatlicher Genehmigung und die neuere kirchenpolitische Gesetzgebung unterwirft die Orden der staatlichen, den Ressortministern übertragenen Aufsicht (G. 31. 5. 75 betr. die Orden u. s. w. § 35; G. 14. 7. 80 Art. 6; G. 29. 4. 87 Art. 5). Die Klosteroberen sind so gehindert, dem Gehorsam, den sie von Mönchen und Nonnen fordern können, einen anderen Inhalt und eine andere und größere Tragweite zu geben, als ihm nach preußischen Gesetzen zukommt. Um eine Aenderung der Ordensregeln und der danach zu leistenden Gehorsamspflicht aber würde es sich handeln, wollte man, während bis zum 1. Januar 1900 wegen fehlender Rechts- und Vermögensfähigkeit der Klosterpersonen ein deshalb an sie gerichteter Befehl gegenstandslos sein müßte (§§ 1199—1209 II. 11 ALR.), ihnen heute nicht sowohl die Beobachtung der kirchlichen Armuth überhaupt, sondern zugleich befehlen, daß sie ihr Vermögen der eigenen Klostergesellschaft und nur dieser allein zuwenden. Eine rechtliche und zwar kirchenrechtliche Verpflichtung dazu hat es in Preußen nicht, oder doch seit der Geltung des ALR. nicht gegeben. Sie kann auch jetzt, nachdem das bürgerliche Recht (§ 1 BGB.) ein anderes geworden ist, und das Klostergelübde für die, welche es ablegen, nicht mehr den Verlust der Vermögensfähigkeit nach sich zieht, ohne staatliche und landesgesetzliche Anerkennung nicht Platz greifen. Der Staat, seine Verwaltungsbehörden und Gerichte werden daher, wenn und solange nicht das Gegentheil erwiesen ist, in der von Mönchen und Nonnen vorgenommenen Vermögensübertragung an die eigene Klostergesellschaft eine aus deren freiem Willen entsprungene und als Schenkung anzusehende Handlung zu erblicken haben.

Art. 88. Nach § 28 des Hamburgischen AG. z. BGB. ist der Erwerb von Grundeigenthum durch Ausländer von der Genehmigung des Senats abhängig. Diese Vorschrift erstreckt sich jedoch nicht auf eine offene Handelsgesellschaft, die ihren Sitz in Hamburg hat, mag auch ein Theilhaber Ausländer sein. LG. Hamburg, HansGerZ. Beibl. 01 243.

Art. 89. Zu den vom BGB. den Landesrechten vorbehaltenen Materien gehört auch das Institut der eigenmächtigen Pfändung. Altgermanischen Ursprungs, hat es sich im neueren Rechte nur als Schüttung und Personalpfändung zum Schutze von Grundstücken und deren Erzeugnissen, nach sächsischem Recht auch zur Verjährungsunterbrechung erhalten.

Doch hat der Art. 89 die Vorschriften der Landesrechte nur insoweit aufrecht erhalten, als sie die Pfändung (Schüttung und Personalpfändung) von Sachen zum Schutze der Grundstücke (also nicht nur Feld- und Waldgrundstücke) und der Erzeugnisse von Grundstücken zum Gegenstande haben. Nicht mehr in Geltung ist deshalb die Pfändung nur zur Unterbrechung der Verjährung, ausgeschlossen auch die Pfändung durch Festnahme einer Person selbst, es müßten denn strafprozessuale Grundsätze sie gestatten oder die Voraussetzungen der §§ 229, 230 BGB. vorliegen. Entwurf zum EG. z. BGB. nebst Motiven 1888, 187 bis 190, woselbst auch die das Institut der eigenmächtigen Pfändung behandelnden Landesgesetze im Einzelnen aufgeführt sind; Protokolle 8898 ff. (in der Bearbeitung von Achilles VI 431 ff.); Fischer-Henle, BGB. 2. Aufl. 1060.

Nach den Landesrechten bestimmt sich insbesondere auch das durch die eigenmächtige Pfändung an der gepfändeten Sache entstehende Recht. Dieses hat, wechselnd nach Zeit und Ort, die verschiedensten Gestaltungen angenommen, vom einfachen Retentionsrecht an bis hinauf zum Eigenthum. Regelmäßig ist es im modernen Rechte kein Pfandrecht, sondern ein qualifizirtes Retentionsrecht. Bayer, Das Recht unerlaubter eigenmächtiger Pfändung, Inauguraldissertation, Berlin 1899, 86 ff., 92; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II 534 Anm. 22. A. M. Heusler, Institutionen II 206 (Pfandrecht); ebenso Samuelsohn, Wirkungen der Privatpfändung 1878 49 ff.; Nägeli, Germanisches Selbstpfändungsrecht 1876 109. Jede dingliche Verfolgbarkeit leugnen: Wilda, Pfändungsrecht, Z. f. d. deutsche Recht 1 315 ff.; v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht 1867 241 (vgl. Bayer 92 Anm. 1, 40 —, wie insbesondere nach preußischem Rechte (Bayer 88 ff.), so jetzt auch nach sächsischem Recht, obwohl das sächsische bürgerliche Gesetzbuch im § 494 bestimmt, daß durch die eigenmächtige Pfändung ein regelrechtes Faustpfandrecht (nämlich im Sinne des sächsischen BGB.) begründet werde; denn das Faustpfandrecht des sächsischen Rechts (§ 479) ist im Sinne unseres BGB. nur ein qualifizirtes Retentionsrecht, da ihm die auch nach BGB. (§§ 1227, 1253) zum Begriffe des Pfandrechts gehörende Pfandklage fehlt. Bayer 89, 90.

Marcus, R. 01 170 folgert aus Art. 94, daß die Vorschriften des HGB., namentlich die über den Registerzwang, auf gewerbsmäßige Pfandleiher nicht anwendbar sind.

Art. 95. Gerhard, Die geltenden preuß. Gesindeordnungen. 2. Band. Berlin 1902. — Nußbaum, DJZ. 01 520: Die Reform des Gesinderechts (giebt eine Uebersicht über den jetzigen Rechtszustand und verlangt dessen Regelung durch eine Reichsgesindeordnung). — v. Hartwig, R. 01 407: Ist für Ansprüche aus der Hannoverschen Dienstbotenordnung der Rechtsweg ohne Weiteres oder erst nach Anrufung der Obrigkeit zulässig? — Gentzen, JW. 01 694: Zur Frage der Formfreiheit des Gesindevertrags (Erforderniß des Miethsthalers und dessen Bedeutung als arrha) nach dem EG. z. BGB. auf dem Boden des Preußischen Rechts.

Jacobi, Preußische Gesindeordnung, hebt als wesentliche Einwirkungen des BGB. auf das preußische Gesinderecht hervor:

1. Einfache Wirthschafter, Wirthschafterinnen, Privatförster und dergl. Personen, die unter der Oberleitung des auf dem Gute anwesenden Gutsherrn in der Guts- oder der Forstwirthschaft eine beaufsichtigende oder leitende Thätigkeit entfalten, sind nicht dem Gesinde zuzuzählen, sondern unterliegen den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag. Die besonderen Bestimmungen des ALR. II 5 über die Hausoffizianten, Erzieher und Erzieherinnen sind durch Art. 89 Pr. AG. z. BGB. ausdrücklich aufgehoben worden (42, 47, 48, 275).

2. Juristische Personen sind nicht fähig, Gesinde in Gesindedienst zu nehmen, da sie keinen Hausstand haben, der Eintritt des Angestellten in die

häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn aber eine wesentliche Voraussetzung des Gesindeverhältnisses bildet. Das auf einem Landgute des Fiskus im Dienste stehende Gesinde steht in einem Gesindeverhältnisse nicht zum Fiskus, sondern zu dem Verwalter des Gutes (58).

3. Die §§ 3, 4 Pr. Ges.O. über Annahme von Dienstboten durch die Ehefrau sind nicht aufgehoben. Es handelt sich um eigenthümliche Vorschriften des Gesinderechts, die von dem BGB. nur soweit berührt werden, als dies in dem Art. 95 zugelassen wird; dieser erstreckt aber den § 1357 BGB. über die Schlüsselgewalt der Frau nicht auf Gesindeverhältnisse. Keinesfalls würde die Annahme der landwirthschaftlichen weiblichen Dienstboten durch die Frau, die § 3 Pr. Ges.O. zuläßt, in den häuslichen Wirkungskreis der Frau fallen (60). (A. M. Die Mot. z. Pr. AG.; Scherer, JW. **01** 186.)

4. Die den Minderjährigen durch § 113 BGB. ermöglichte erweiterte Geschäftsfähigkeit und die ihnen damit gewährte Prozeßfähigkeit führt im Gegensatz zu dem bisherigen preuß. Rechte zu dem bedenklichen Ergebniß, daß Klagen über Dienststreitigkeiten auch von einem acht- oder neunjährigen Kinde oder gegen ein solches erhoben werden können und daß Kinder dieses Alters vor Gericht als Prozeßpartei auftreten können (67).

5. Die bisherige Regel des preußischen Gesinderechts (§ 23 Ges.O.), daß der Gesindedienstvertrag, wenn die Bezüge des Gesindes 150 Mark überschreiten, entweder schriftlich geschlossen oder daß Miethgeld gegeben werden muß, ist durch das BGB. nicht berührt worden (79). Scherer 186; vgl. Francke, Gruchots Beitr. **46** 291: Durch das BGB. ist keinerlei Vorschrift weggefallen, nach welcher ein Gesindevertrag mündlich nur mit Geben und Nehmen von Miethgeld abgeschlossen wird, insbesondere nicht die §§ 22, 23 Ges.O. 8. 11. 10 und 11. 4. 45.

6. Wird ein Dienstbote wegen Vorladung als Zeuge oder zur militärischen Musterung und in ähnlichen Fällen für eine verhältnißmäßig kurze Zeit der Arbeit entzogen (mora paucorum dierum), so darf ihm der Dienstherr den Lohn nicht kürzen, ihm auch die Kosten der Stellvertretung nicht abziehen, so nach § 616 BGB., der durch das Pr. AG. auf das Gesinderecht erstreckt worden ist (112). (Vgl. o. zu § 616 Ziff. 7.)

7. § 68 der Ges.O. giebt der Herrschaft das Aufrechnungsrecht gegenüber den Lohnforderungen des Gesindes, zwar nicht allgemein, sondern nur soweit es sich um Schadensersatzforderungen handelt, und auch diese nur, soweit solche aus dem Dienstverhältniß entspringen, also auf einer Verletzung der Dienstpflichten des Gesindes beruhen. Das Pr. AG. wiederholt in Art. 14 § 1 Abs. 3 die Zulässigkeit der Aufrechnung in diesem Umfang. Es setzt sich damit mit dem Reichsrechte nicht in Widerspruch, denn § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. 6. 69 (29. 3. 97) bezieht sich nur auf den Aufrechnungsvertrag, nicht auf die einseitige Aufrechnungserklärung. RG. **21** 187, **41** 53; Jacobi 56, 226, 227, und das Verbot des § 394 BGB. ist durch Art. 95 EG. auf Gesindeverhältnisse nicht ausgedehnt worden. Jacobi 115 (s. o. Ziff. 4 u. 6 zu § 273 und Ziff. 2 zu § 394).

8. Die Herrschaft hat kein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen, die der Dienstbote bei dem Dienstantritt mitgebracht und in seinem Gewahrsam behalten hat. Denn das Zurückbehaltungsrecht setzt den Besitz der Sache voraus. Durch die Einbringung der Sachen in das Haus des Dienstherrn geht aber der Besitz dem Gesinde nicht verloren (117, 216). Wohl aber erstreckt sich das Zurückbehaltungsrecht des Dienstherrn auf solche Sachen, die ihm das Gesinde thatsächlich übergeben hat, z. B. auf die Kuh, die der ländliche Dienstbote in

den herrschaftlichen Stall eingestellt hat; dies selbst dann, wenn die Sache unpfändbar ist (118). Kein Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sind: Zeugnisse, Dienstbücher, Krankenkassenbücher (118, 216) (s. auch o. du Chesne Ziff. 6 zu § 273).

9. Am meisten bestritten auf dem Gebiete des Gesinderechts ist die Frage, ob die Vorschrift des Art. 95 Abs. 3 EG., wonach der Herrschaft ein **Züchtigungsrecht** gegenüber dem Gesinde nicht mehr zusteht, eine Aufhebung des § 77 Pr. Ges.O. zur Folge gehabt hat. Die Frage ist zu verneinen. § 77 giebt der Herrschaft überhaupt kein Züchtigungsrecht, sondern er statuiert nur bei dem Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (ungebührliches Betragen des Gesindes, auf Seiten der Herrschaft Handeln im Zorn) einen Strafbefreiungsgrund, wie das Obertribunal und das Reichsgericht in ständiger Praxis ausgeführt haben. Gewährt das Gesetz der Herrschaft aber nur einen Strafbefreiungsgrund, so ist damit ausgesprochen, daß die von ihr ihrem Gesinde gegenüber verübte Thätlichkeit an sich eine strafbare Handlung ist, die jedoch vom Richter unter besondern Voraussetzungen nicht geahndet werden soll; die Herrschaft ist also schuldig, aber straffrei, wie in den Fällen der §§ 199, 233 StGB. Macht sich die Herrschaft aber durch eine Thätlichkeit gegen das Gesinde an sich einer Strafthat schuldig, so folgt daraus, daß ihr ein Recht auf Züchtigung nicht zusteht.

In den altpreußischen Landestheilen kann von einem Züchtigungsrechte der Herrschaft schon deshalb nicht die Rede sein, weil dieses bereits durch die Stein-Hardenbergische Reformgesetzgebung aufgehoben worden ist. Bis dahin hatte es als eine Folge des „Dienst- oder Gesindezwanges" bestanden. Der Dienstzwang war das Recht, die Kinder der Gutsunterthanen zum Gesindedienste zu zwingen und sie durch körperliche Züchtigung zum Gehorsam und Fleiß anzuhalten. Er ist durch die Edikte v. 9. und 28. 10. 07 aufgehoben worden. Es ist nicht denkbar, daß er durch die drei Jahre darauf erlassene Gesindeordnung, die einen wesentlichen Theil der Stein-Hardenbergischen Reformgesetzgebung bildet, wieder eingeführt sein sollte. Die Ges.O. v. 1810 beruhte auf der Beseitigung des Dienst- oder Gesindezwanges, kann also das Recht zur körperlichen Züchtigung des Gesindes nicht festgesetzt haben. Ein Analogon bildet die Ges.O. für Neuvorpommern und Rügen von 1845. Diese hebt im § 58 den bis dahin bestandenen Dienstzwang ausdrücklich auf und führt in dem § 71 eine dem § 77 der Pr. Ges.O. entsprechende Bestimmung ein; dasselbe Gesetz kann aber nicht das Recht zur körperlichen Züchtigung des Gesindes in einem Paragraphen aufheben und in einem anderen wieder einführen. Die vom Reichstag eingefügte Vorschrift des Art. 95 EG. ist für die preußischen Gesindeordnungen von 1810 und 1845 überflüssig, da in diesen Rechtsgebieten zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. ein Züchtigungsrecht nicht bestanden hat und die dem Strafrecht angehörende Vorschrift des § 77 deshalb durch das neue Privatrecht nicht berührt worden sein kann (124, 125).

Weißler, DJZ. 99 18, 19 führt aus, daß der § 77 der Pr. Ges.O. entweder — falls er ein Züchtigungsrecht gab — durch diesen Artikel oder — falls er einen Strafausschließungsgrund enthielt — bereits durch das StGB. aufgehoben ist — gegen eine Verf. des Pr. Ministers des Innern v. 11. 8. 98.

Brettner, DJZ. 99 292 erachtet das im § 77 der Pr. Ges.O. erwähnte Recht der Herrschaft zu geringen Thätlichkeiten als Züchtigungsrecht und deshalb in der Zukunft für aufgehoben.

Nußbaum, Preußische Gesindeordnung 94 ist der Meinung, daß ein Züchtigungsrecht im Sinne des Art. 95 Abs. 3 im § 77 Pr. Ges.O. und in den gleichlautenden Vorschriften anderer Gesindeordnungen nicht enthalten ist, wohl aber § 77 Pr. Ges.O. durch Art. 2 EG. z. StGB. beseitigt worden ist. Vgl.

Nußbaum, Das Züchtigungsrecht der Dienstherrschaft, ZStrW. **20** 413 ff. Uebereinstimmend — gegen das Reichsgericht — Heymann, Der Dienstvertrag der landwirthschaftlichen Arbeiter nach dem BGB., Beilage der Z. der Landwirthschaftskammer für die Provinz Schlesien **97** 40 und Conrads J. **97** 265.

10. Als sehr schwierig gestaltet sich das Verhältniß des neuen Gesetzbuchs zu den Bestimmungen der Ges.O. über die Pflichten, die der Herrschaft gegen ihr erkranktes Gesinde obliegen, weil Art. 95 den § 617 BGB. auf Gesindeverhältnisse ausgedehnt hat, aber nur soweit, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren. Es ist daher in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob das Reichsrecht oder das landesrechtliche Gesinderecht dem Gesinde günstiger ist. Auch greifen die Reichsgesetze über die Kranken- und die Unfallversicherung der ländlichen Arbeiter ein (135 bis 156). (S. auch o. Ziff. 3 zu § 617.)

11. Das Ministerialreskript vom 17. 4. 12 ist in seinem nicht strafrechtlichen und nicht strafprozessualen Theile noch heute in Geltung (252—257). Desgleichen die KO. von 1837 über die Instleute in Ost- und Westpreußen (282).

Art. 95 giebt der Landesgesetzgebung nicht das Recht, neben dem BGB. bestehendes Reichsrecht abzuändern, wie z. B. das Reichsgesetz v. 21. 6. 69; unter „Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören", können im Sinne dieses Artikels nicht Rechtssätze verstanden werden, welche allgemeine alle Rechtsunterworfenen gleichmäßig angehende Rechtsverhältnisse regeln, die sich nur auch zwischen Dienstherrschaft und Gesinde ergeben können, wie die Aufrechnung. Neumann-Weimar, Thür. Bl. **47** 193 ff.

Für das Gesindeverhältniß gilt in dem in Art. 95 näher begrenzten Umfange das Landesrecht. Die landesgesetzlichen Vorschriften über obervormundschaftliche Genehmigung von Gesindedienstverträgen Minderjähriger bleiben danach insofern aufrecht, als sie „dem Gesinderecht angehören". Eine Vorschrift, die alle oder einzelne Gesindedienstverträge für genehmigungsbedürftig erklärt, wird als eine solche aufzufassen sein. Enthält aber das Landesrecht keine besonderen Bestimmungen über obervormundschaftliche Genehmigung der Gesindeverträge, so tritt das BGB. ein. Schultheis, Vorm.R. 109 Anm. 5.

Fuld behandelt im A.öffR. **14** 93—112 die Frage, inwieweit das Gesinderecht durch das BGB. beeinflußt wird; im Gegensatze zu Jastrow stellt der Verfasser fest, daß die Landesgesetzgebung nicht die Befugniß hat, nach ihrem Ermessen zu bestimmen, was unter dem Gesinde zu verstehen sei. Des Weiteren wird die Abnormität des Rechtszustandes dargethan, der nach dem Verfasser darin liegt, daß die Landesgesetzgebung in der Lage ist, den Dienstboten, welcher wegen Verletzung des § 618 BGB. durch den Dienstherrn ohne Kündigung das Dienstverhältniß verläßt, als vertragsbrüchig zu behandeln. Fuld behauptet im Gegensatze zu der Ansicht des Ministers des Innern (s. oben) daß Art. 73 der altpreußischen Gesindeordnung durch Art. 95 des EG. z. BGB. aufgehoben sei, indem diese Bestimmung sich nicht nur auf das unmittelbare, sondern auch das mittelbare Züchtigungsrecht bezieht, ein solches sei aber im § 73 Ges.O. enthalten. Zum Schlusse tritt der Verfasser für ein Reichsgesetz über den Gesindedienstvertrag ein.

Für das Sächs. Gesinderecht tritt das BGB. hülfsweise mit der Wirkung ein, daß zwingende Normen nicht durch den Gesindevertrag ausgeschlossen werden können. Vollmer, Einfluß des BGB. auf den Dienstvertrag, Fischers Z. **23** 5, 24; vgl. zu Art. 67.

12. Rechtsprechung: a) Ein Gesindevertrag ist nach der altpreußischen Gesindeordnung bei Objekten über 150 Mark nur gültig, wenn er schriftlich abgeschlossen oder ein Miethsgeld gegeben ist. Dies ist in Geltung geblieben. LG. Schneidemühl, PosMschr. **02** 61.

b) Durch Art. 95 Abs. 3 EG. z. BGB. ist der § 77 Pr. Ges.O. v. 10. 11. 10 (Züchtigung des Gesindes durch die Herrschaft) nicht aufgehoben. Die Herrschaft hat kein Züchtigungsrecht, d. h. ein gesetzlich anerkanntes Recht zur Züchtigung, ist aber insofern straflos, als das Gesetz geringe Thätlichkeiten durch ungebührliches Betragen des Gesindes als entschuldigt gelten läßt. OLG. Marienwerder, PosMschr. **01** 170 (s. o. Ziff. 9, 11 (Fuld).

c) An Stelle der im § 94 der Pr. Ges.O. v. 8. 11. 10 in Bezug genommenen §§ 80, 81 I. 13 ALR. ist gemäß Art. 4 EG. z. BGB. die Vorschrift des § 617 BGB. getreten. LG. Breslau, BreslAZ. **02** 59.

d) Der § 626 BGB. gilt nicht neben der hannoverischen Dienstbotenordnung v. 15. 8. 44. OLG. **4** 45 (Celle).

e) Nach der Pr. Ges.O. v. 8. 11. 10 ist der Rechtsweg für den Anspruch des Gesindes auf Ausstellung eines wahrheitsgemäßen Zeugnisses ausgeschlossen und ausschließlich der Polizeibehörde überwiesen. LG. Glatz, BreslAZ. **01** 5.

Art. 96. Die Worte „Das aus dem Vertrage sich ergebende Schuldverhältniß" sind auch auf das nach Verdinglichung der Leibzucht zwischen dem zeitigen Eigenthümer und dem Altsitzer geschaffene Rechtsverhältniß zu beziehen und sind so im Preußischen Ausführungsgesetze verstanden. Eccius, Gruchots Beitr. **45** 735.

Art. 99. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist zur Wiederinkurssetzung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. außer Kurs gesetzten Sparkassenbuchs erforderlich. LG. Meseritz, PosMschr. **01** 163.

Art. 105. Rechtsprechung: 1. Art. 22 des französischen Gesetzes vom 15. Juli 1845 sur la police des chemins de fer macht einen Eisenbahnunternehmer für Betriebsschäden in weiterem Umfange haftbar als das BGB., ist daher durch Art. 105 aufrecht erhalten. OLG. Colmar, R. **02** 210.

2. Der Grundsatz des ALR., daß der Unternehmer eines mit gemeiner Gefahr verbundenen Gewerbebetriebs (Kleinbahn u. A.) auch ohne besonderes Verschulden für den durch seinen Betrieb dem Nachbarn zugefügten Schaden zu haften hat, ist durch Art. 105 aufrecht erhalten worden, vorausgesetzt, daß die Entstehung des Schadens überhaupt vorausgesehen werden konnte. OLG. Stettin, R. **02** 589.

Art. 109. (Vgl. o. zu Art. 52.) Pohlmann, PreußVerwBl. **29** Nr. 14: Das Recht des Eigenthümers eines an einer öffentlichen städtischen Straße belegenen Grundstücks an der Straße nach preußischem Rechte.

Rechtsprechung: Nach preußischem Rechte ist ein servitutarisches Recht an der noch nicht angelegten Straße zu verneinen, ein Schadensersatz bei Veränderung nicht gegeben. RG. Gruchots Beitr. **45** 76.

Art. 113. Rechtsprechung: 1. Begriff der Oeffentlichkeit eines Weges in Preußen. Von welchem Zeitpunkt an gilt der Weg als ein öffentlicher? RG. JW. **01** 170.

2. Oeffentliche und Privatwege in Braunschweig: OLG. Braunschweig, BraunschZ. **02** 35.

3. In Preußen ist ein Weg nicht schon dann, wenn er allgemein benutzt wird, ein öffentlicher, sondern nur, wenn er unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der Betheiligten, d. i. der zuständigen Wegepolizeibehörde, des Eigenthümers und des zur Unterhaltung der öffentlichen Wege Verpflichteten dem öffentlichen Verkehre gewidmet ist. OLG. **5** 301 (KG.); vgl. JMBl. **96** 161; JW. **01** 170, 586; Germershausen, Wegerecht (2) I 5.

4. Nach Landesgesetz kann z. B. im Zusammenlegungsverfahren die Besitzübergabe durch Besitzüberweisung durch die Verwaltungsbehörde ersetzt werden

und Selbsthülfe des Vorbesitzers hiergegen ausgeschlossen sein. **RG. R. 02** 372 (s. o. Ziff. 8 zu § 854).

Art. 114. Ueber Haftung des Verkäufers für Freiheit von einer auf dem Grundstücke lastenden Rentenbankrente s. o. Note zu § 436 BGB. (341).

Die auf Grund des preußischen Rentenbankgesetzes vom 2. 3. 50 eingetragenen Rentenbankrenten sind auf Ersuchen der Rentenbankdirektionen zu löschen, ohne daß die Zustimmung des Eigenthümers erforderlich ist. LG. Elberfeld, R. **00** 306.

Art. 124. Rechtsprechung: 1. Die vor der preußischen Verordnung vom 18. 11. 19 errichteten Windmühlen wurden durch § 247 ALR. II. 15 gegen hohe Baumpflanzungen des Nachbars geschützt. Diese Eigenthumsbeschränkung ist bestehen geblieben. **RG. 50** 319, JW. **02** Beil. 209.

2. Die Bestimmung des Art. 124 bezieht sich nicht nur auf Alleineigenthum, sondern auch auf Miteigenthum. OLG. Hamburg, R. **01** 46.

3. Zu den aus dem Nachbarrechte fließenden Einschränkungen des Eigenthums an Grundstücken, die nach Art. 124 EG. in Geltung geblieben sind, gehört l. 17 pr. D. 8, 5. Diese ist dahin zu verstehen, daß bei einer Ausbauchung der Mauer über einen halben Fuß der ganze Ueberhang zu beseitigen ist. OLG. Hamburg, DJZ. **02** 156.

4. Die gemeinrechtliche Eigenthumsbeschränkung, daß bei Errichtung eines neuen Gebäudes zwei Fuß von der Grenze des anstoßenden fremden Grundstücks zurückgewichen werden muß, die auch in Hannover gilt, ist nach Art. 124 auch nach dem Inkrafttreten des BGB. in Geltung geblieben. OLG. Celle, R. **00** 283.

5. Nach OLG. Karlsruhe (BadRpr. **02** 45) sind Eigenthumsbeschränkungen wegen Fensterrechts zu Gunsten der Nachbarn durch die Landesgesetzgebung zulässig.

6. Bezüglich des Satzes 2 s. auch oben zu § 907 Note 3a, § 910 Note 2, 3 (Art. 122), § 911 Note b, § 923 Note 10b.

Art. 133. Zulässigkeit der Belastung von Kirchhöfen mit Hypotheken in Preußen: LG. Bromberg, PosMschr. **01** 8.

Zum Uebergange des Eigenthums an einem Begräbnißplatz auf eine Kirchengemeinde ist Auflassung erforderlich. KGJ. **21** A 209.

Art. 134. Geigel, A.öffR. **17** 505—509: Religiöse Erziehung der Kinder. Derselbe Puchelts Z. **33** 51 ff. — Isaacsohn, PosMschr. **01** 21: Die religiöse Erziehung der an Kindesstatt angenommenen Kinder im früheren Geltungsgebiete des ALR. — Alexander, Bl. f. administr. Pr. **51** 171: Die religiöse Kindererziehung in der Pfalz und das BGB. — Seitz, Die religiöse Erziehung der Kinder im Großherzogthum Hessen nach den hessischen Ausführungsgesetzen zum BGB. vom 17. 7. 99. Arch. f. Kath. KR. **80** 709 ff.

Isaacsohn kommt auf Grund der Rechtsprechung des preußischen Kammergerichts (s. unten) zu dem Ergebniß, daß bei den an Kindesstatt angenommenen Kindern die elterliche Gewalt des Annehmenden die religiöse Erziehung des Kindes nicht umfaßt, wenn der Annehmende und das Kind verschiedenen Glaubens sind, da auch nach der Annahme an Kindesstatt beide Eltern des Kindes trotz Verlustes der elterlichen Gewalt berechtigt sind, das Glaubensbekenntniß des Kindes zu bestimmen. Durch die Annahme an Kindesstatt wird ihr Recht auf die religiöse Erziehung des Kindes nicht berührt. Die uneheliche Mutter ist berechtigt, durch einen Glaubenswechsel das Bekenntniß ihres von einem Anderen an Kindesstatt angenommenen Kindes auch nach der Annahme zu ändern.

Für das Geltungsgebiet des preußischen Landrechts stellt das Kammergericht folgende Grundsätze auf: 1. Die religiöse Erziehung der Kinder richtet sich nach Landesrecht. Wenn im Gebiete des preußischen ALR. bei Mischehen der Vater das Kind ein Jahr lang nach Erreichung des schulpflichtigen

Alters in der Religion der Mutter hat erziehen lassen, so ist diese auch nach dem Tode des Vaters für das Kind maßgebend. CBlFrG. 2 129.

2. In Preußen ist ein uneheliches Kind nach Annahme an Kindesstatt auch hinsichtlich der religiösen Erziehung als ehelich anzusehen und folgt der Religion des Vaters. OLG. 3 372 (KG.).

3. Bestimmt das Landesrecht, daß uneheliche Kinder bis zum 14. Lebensjahr im Glauben der Mutter zu erziehen sind, so hat das Kind jedem Glaubenswechsel der Mutter zu folgen. (ALR. II. 2 § 642.) KGJ. 22 A 230, OLG. 3 373 (KG.).

4. Hat in Preußen der Vater den Uebertritt von einer christlichen Kirche zu einer anderen auch nur vor einem Geistlichen, nicht aber vor Gericht (G. v. 14. 5. 73) erklärt, so sind die Kinder in der nun gewählten Religion des Vaters zu erziehen. KGJ. 24 A 29.

5. OLG. 2 111 (KG.): Die Kinder eines verstorbenen Altkatholiken sind weder am evangelischen noch am römisch-katholischen Religionsunterricht theilzunehmen verpflichtet.

6. Ein Vertrag der Eltern über die religiöse Kindererziehung ist im Gebiete des ALR. nur so lange wirksam, als beide Eltern leben. Nach dem Tode des Vaters gelten wieder die Bestimmungen der Deklaration v. 21. 11. 1803, auch wenn der Vater ausschließlich oder stillschweigend einen anderen Willen erklärt hat. KG. R. 02 210.

Ueber das Recht der religiösen Erziehung der Kinder in der Rheinprovinz sagt die Entscheidung des Kammergerichts KGJ. 23 A 26, daß durch die Pr. K.O. v. 17. 8. 25 dort mit den Vorschriften der Deklaration zum ALR. v. 21. 11. 03 auch die Vorschriften der §§ 77—84 ALR. II. 2 eingeführt sind, und die Entscheidung KGJ. 22 A 225 spricht weiter aus, daß diese Deklaration sich mit ihrem Grundsatze, daß die Kinder in der Religion des Vaters zu erziehen seien, auch auf den Fall bezieht, in welchem die Eltern während bestehender Ehe die gleiche Religion haben und die Mutter erst nach dem Tode des Vaters zu einem anderen Glaubensbekenntnisse übertritt.

Art. 135. 1. Das Zwangserziehungsrecht ist die einzige Materie, die, obwohl der Landesgesetzgebung vorbehalten, doch im BGB. schon in den Grundzügen geregelt ist. Die Vorschriften des BGB. sind hier negativ bedingt, gelten also nur, solange die Landesgesetzgebung die Materie überhaupt nicht regelt. Hat sie sich der Materie, gleichviel in welchem Umfange, bemächtigt, so gelten die einschlägigen Vorschriften des BGB. auch nicht subsidiär; eventuell nur als landesrechtlich für anwendbar erklärte.

In Preußen ist die Unterbringung in Familie oder Anstalt gegen den Willen des Erziehungsberechtigten (also abgesehen von § 1631 Abs. 2 BGB.), da sie als Zwangserziehungsmaßregel unter den Vorbehalt im Art. 135 EG. fällt, einzig und allein unter den Voraussetzungen des diese Materie erschöpfend regelnden Fürsorgeerziehungsgesetzes v. 2. 7. 00 zulässig. Es ist also beispielsweise eine solche Unterbringung eines über 18 Jahre alten Minderjährigen unbedingt ausgeschlossen. Auch sind die Verfahrensvorschriften jenes Gesetzes in allen Fällen zu beachten. Muskat, A.bürgR. 20 283 ff.

Gegen Muskat: Nölle, A.bürgR. 21 86 ff.: Dieser nimmt zwar an, daß nach Art. 135 die Landesgesetzgebung nicht nur in weiteren Fällen als denen der §§ 1666, 1838 BGB. die Zwangserziehung zulassen, sondern die §§ 1666, 1838 für die Zwangserziehung auch einschränken kann, daß aber Preußen von letzterer Befugniß keinen Gebrauch gemacht hat, auf Grund der Entstehungsgeschichte und des Wortlauts des G. v. 2. 7. 00: Fürsorgeerziehung ist Zwangserziehung, aber nicht jede Zwangserziehung Fürsorgeerziehung. (Zur Unterschei-

dung will aber Nölle, Komm. z. Fürs.G. (2) 28 die Zwangserziehung nur auf die durch das BGB. geregelten Fälle angewendet wissen.)

2. Aschrott, Fürs.G. 49 spricht von Zwangserziehung in allen Fällen des § 56 StGB., von Fürsorgeerziehung in denen der §§ 1666, 1838, 1631; im letzteren Falle Zwang gegen das Kind zum Zwecke der Unterbringung, wenn auch die Erziehung nicht weiter durch öffentliche Behörden beaufsichtigt wird.

Schmitz, Fürsorgeerziehung, (3) 39, 63 Anm. 5 u. 6, unterscheidet die staatliche Fürsorgeerziehung im Sinne des Pr. G. v. 2. 7. 00 und die rein vormundschaftsgerichtliche Fürsorgeerziehung, die nur auf Grund der §§ 1666, 1838 (1631) BGB. angeordnet wird, neben jener unbeschränkt und insbesondere auch gegen Minderjährige über 18 Jahre zulässig ist; nur auf jene beziehen sich auch die Verfahrensvorschriften des Pr. G. v. 2. 7. 00, diese richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit (41). Abweichend von Muskat betonen sowohl Nölle, A.bürgR. **21** 86 ff. und Fürs.G. (2) 30 und Schmitz a. a. O., daß die Unterbringung auf Privatkosten nach §§ 1666, 1838 BGB. auch in Preußen stattfindet; s. Aschrott, Fürs.G. 45—47, 104.

3. Das Pr. Fürs.G. unterscheidet nicht zwischen bemittelten und unbemittelten Minderjährigen. Muskat a. a. O. **20** 282 ff.; ebenso Lindenau, DJZ. **01** 207; Schultzenstein-Köhne 409 a. E.; Schmitz a. a. O. 62, der 75 und 79 noch ausführt, daß Unterbringung auf öffentliche Kosten auch bei sicherer späterer Erstattung vorliegt.

Nölle, A.bürgR. **21** 93 ist für die Zulässigkeit der Unterbringung wohlhabender Kinder zur Fürsorgeerziehung, weil auch bei völliger Kostenerstattung auf Grund des § 16 Pr. Fürs.G. ein Theil der Kosten (namentlich allgemeine Kosten) aus öffentlichen Mitteln bestritten werde (vgl. EG. Art. 135 Abs. 2). Nölle, Fürs.G. 29 Anm. 7 hebt aber hervor, daß bei vermögenden Kindern nur selten Fürsorgeerziehung erforderlich sein würde, da nach § 1666 BGB. andere Mittel zu Gebote ständen; ferner Aschrott 46, 78, 79, 104, 199, der als im Einzelfall entscheidend das öffentliche Interesse betrachtet.

Winter, DJZ. **01** 154 spricht sich gegen die Möglichkeit der Fürsorgeerziehung eines vermögenden Minderjährigen aus, berichtigt aber diese Auffassung in seinem Bericht an die Redaktion des Jahrbuchs wie folgt: Die Anwendung des Gesetzes v. 2. 7. 00 ist nicht auf vermögenslose Zöglinge zu beschränken, wie aus § 16 des Gesetzes hervorgeht; auch reiche Kinder können auf öffentliche Kosten untergebracht werden, sie haben aber die Kosten demnächst aus ihrem Vermögen zu erstatten. Die Vorschrift, daß allgemein die Fürsorgeerziehung auf öffentliche Kosten erfolgt, ist — abgesehen von der erwünschten und praktischen Gleichmäßigkeit in der Behandlung aller Fälle — durch Art. 135 Abs. 2 EG. z. BGB. veranlaßt, um die Entscheidung über die Art der Zwangserziehung (Unterbringung in Familie oder Anstalt) einer Verwaltungsbehörde übertragen zu können, deren Mitwirkung für zweckmäßig und unerläßlich erachtet wurde; s. auch Winter, CBlFrG. **3** 236.

Erfolgt eine Unterbringung (nach Reichs- oder Landesrecht) nicht auf öffentliche Kosten — z. B. im Falle des § 1838 BGB. bei vermögenden Mündeln — so hat allein der Vormundschaftsrichter auch die Art der Erziehung anzuordnen; vgl. auch Winter, CBlFrG. **1** 36 und **3** 237; Aschrott a. a. O. 104 (112).

Planck, EG. Art. 135 Anm. 4 ist der Meinung, daß die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel noch nicht die Voraussetzung des Art. 135 Abs. 2 als gegeben erscheinen läßt; erst wenn die Nothwendigkeit der Inanspruchnahme feststeht, kann die Entscheidung auf die Verwaltungsbehörde übergehen.

4. Verwahrlosung nach § 1 Nr. 1 Pr. Fürs.G. ist nicht nur sittliche, sondern auch geistige und körperliche. Schultzenstein-Köhne 404 a. E.; Schmitz (3) 66; Nölle, (2) 39; Aschrott 99.

Keine Fürsorgeerziehung nach dem Pr. G. 2. 7. 00, wenn Maßregeln nach §§ 1838, 1666 BGB. (LG. Elberfeld, R. 01 522), oder andere, z. B. die Armenpflege, ausreichen, um der Verwahrlosung vorzubeugen. Ist ein Kind im Wege der Armenpflege untergebracht, so kann der Armenverband nicht Fürsorgeerziehung verlangen, um ihm die Last der Pflege abzunehmen. Aber auch, wenn das Kind noch nicht untergebracht, aber offenbar hülfsbedürftig ist und der Armenverband ohne Grund verweigert, seine Schuldigkeit zu thun,*) tritt keine Fürsorgeerziehung ein. Ueber die Hülfsbedürftigkeit entscheidet im Streitfalle der Vormundschaftsrichter unter Vorbehalt endgültiger Entscheidung der Verwaltungsbehörden. OLG. 4 276 a. E. (KG.). Liegt Hülfsbedürftigkeit vor, hat sich aber der Armenverband eines vernachlässigten Kindes in dessen Interesse vorläufig angenommen, so schließt dies die Fürsorgeerziehung nicht aus, ebensowenig wie private Liebesthätigkeit. KGJ. 22 A 236; OLG. 3 237, 421, 423 (KG.); RheinAVZ. 01 106. In den letzteren Fällen tritt die Fürsorgeerziehung erst ein, wenn der Armenverband oder der Privatmann sich des Kindes nicht ferner annehmen will. Solange das Kind durch Unterbringung in einer Familie in geordneten Verhältnissen lebt, erzogen und überwacht wird, ist kein Anlaß zur Fürsorgeerziehung gegeben. Die bloße Möglichkeit, daß die Eltern das Kind zurückverlangen, ist nicht zu beachten. KGJ. 22 A 242; OLG. 3 374 (KG.).

Hat das Vormundschaftsgericht beschlossen, ein Kind wegen Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles aus dem Elternhause zu entfernen und anderweit unterzubringen, so kann hierdurch Hülfsbedürftigkeit im Sinne des Armenrechts hervorgerufen werden, wenn das Kind vermögens- und erwerbslos ist und die Eltern die Mittel nicht hergeben; so auch Böhner, R. 02 254, der zugleich die Pflichten des Armenverbandes erörtert; s. auch OLG. Hamburg, R. 02 319; CBlFrG. 3 49; Winter, CBlFrG. 3 231, 232, dann muß der Armenverband eintreten; s. dazu OLG. 4 274 (KG.). Genügt aber die bloße Trennung des Kindes von den Eltern in Verbindung mit der Armenunterstützung nicht zur Beseitigung der Gefahr der Verwahrlosung, so findet Fürsorgeerziehung statt, insbesondere, wenn Anstaltserziehung erforderlich ist, da der Armenverband für reine Erziehungszwecke nicht einzustehen hat. KGJ. 23 A 32; OLG. 4 110; R. 02 73; RheinAVZ. 01 171; ebenso OLG. 4 275 (KG.); R. 02 127; OLG. 3 423 (KG.); Winter, CBlFrG. 3 233; s. auch LG. Düsseldorf, RheinAV. 01 116. Sind die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung gegeben, so muß sie ohne Rücksicht auf die dadurch bewirkte Entlastung des Ortsarmenverbandes angeordnet werden. Gegen die Ansicht des KG., daß auch bei einer nur mit Hülfe der Armenpflege durchführbaren vormundschaftlichen Erziehung nach §§ 1666, 1838 BGB. die Fürsorgeerziehung ausgeschlossen sein solle Schmitz, R. 02 406 ff. (unter Bestreitung der Verpflichtung des Armenverbandes, die Mittel für eine solche Unterbringung zu gewähren). Ebenso Altona, CBl.FrG. 3 221 ff., der zu dem Ergebnisse gelangt: Bei reiner, unverschuldeter Armuth keine Fürsorgeerziehung, letztere aber stets, wenn sonst für angemessen erachtet, in den Fällen des § 1666. Schmitz, R. 02 454 führt aus, daß die Fürsorgeerziehung nach § 1 Nr. 1 des preußischen Gesetzes auf innerlich Verwahrloste nicht zu beschränken sei, sondern neben der sittlichen auch die körperliche Verwahrlosung in Betracht komme. Grund: Beseitigung der unteren Altersgrenze.

---

*) Nöthigenfalls Bestellung eines Pflegers, um den Armenverband zur Unterstützung anzuhalten. OLG. 4 110; R. 02 73, 276 (KG.); vgl. R. 02 407.

5. § 1 Nr. 2 des preußischen Fürsorgeerziehungsgesetzes ist auch bei Uebertretungen und bei Antragsdelikten auch ohne Antrag anwendbar. Nölle, (2) 39; Schmitz, (3) 72; Aschrott 100. Die Verhütung der Verwahrlosung erfordert rechtzeitiges Einschreiten, zu warten bis zum Eintritt der Verwahrlosung verstößt gegen die Tendenz des Gesetzes. RheinAVZ. **01** 113 (KG.). Schmitz, (3) 70.

§ 1 Nr. 3 desselben Gesetzes setzt voraus, daß der Minderjährige bereits sittlich verwahrlost ist, nicht nur eine Gefahr der Verwahrlosung besteht und sein völliger sittlicher Ruin zu besorgen ist. KGJ. **23** A 46; Märcker, (17) 621; Nölle, (2) 37. Geistige Verwahrlosung (gänzlicher Mangel an Schulbildung) ist nicht sittliche Verdorbenheit. OLG. **4** 111 (KG.), Winter, CBlFrG. **3** 235. Die Nr. 3 des § 1 setzt einen höheren Grad von Verwahrlosung voraus als Nr. 2.

Die Fürsorgeerziehung schwachsinniger Kinder ist nicht ausgeschlossen, falls der Gewalthaber die wirthschaftlich durchführbare Unterbringung in einer Idiotenanstalt verhindert, meist werden aber Anordnungen aus §§ 1666, 1838 BGB. genügen. KGJ. **23** A 50, s. auch OLG. **4** 278 (KG.). Die Fürsorgeerziehung wird auch durch eintretende Idiotie des Zöglings nicht unterbrochen. Schultzenstein-Köhne 425; s. Schmitz, (3) 107 und Nölle, (2) 80 (unheilbar Geisteskranke sind zu entlassen), auch Aschrott 165 Anm. 3.

6. Fürsorgeerziehung kann nicht schon deshalb für entbehrlich erachtet werden, weil die Eltern eine Verschärfung ihrer erziehlichen Einwirkung für die Zukunft versprochen haben, es müssen bereits Thatsachen vorliegen, die für diese Verschärfung dauernde Gewähr bieten. KGJ. **23** A 183, OLG. **4** 278 (KG.).

Fürsorgeerziehung darf nicht angeordnet werden, wenn der Minderjährige das 18. Lebensjahr vor Erlaß des auf die sofortige Beschwerde ergehenden Beschlusses des Landgerichts vollendet hat. KGJ. **23** A 53, OLG. **3** 374, Nölle 29, Aschrott 94, Winter, CBlFrG. **3** 237, Schultzenstein-Köhne 404. Zur Zeit der richterlichen Anordnung darf das 18. Lebensjahr nicht vollendet sein, gleichgültig ist die Rechtskraft und die Aufnahme in die Anstalt.

Kann das Alter unter 18 Jahren nicht festgestellt werden, so muß die Fürsorgeerziehung unterbleiben. Schmitz, (3) 64.

7. Ueber die Bestellung eines Pflegers im Verfahren betreffend die Fürsorgeerziehung bei Widerstreit der Interessen zwischen Kind und Vater, der die Arbeitskraft des Kindes für sich verwenden will und deshalb der Fürsorgeerziehung widerspricht, handelt OLG. **4** 111 (KG.).

Für Pflegerbestellung im Verfahren bei Widerstreit der Interessen zwischen Gewalthaber und Kind auch Schmitz, (3) 89, Nölle, (2) 55; s. auch Aschrott 96, 127, Schiffer, DJZ. **02** 237 ff. sieht die Pflegerbestellung als Regel an, nicht als Erforderniß aus prozessualem Grunde, sondern als geeignetes Mittel zur Lösung der vorliegenden Fragen (Ermittelung der Lebensverhältnisse, Prüfung der Frage, ob die Fürsorgeerziehung schon geboten ist); die Frage der Pflegerbestellung ist immer zu erwägen, die Nichtbestellung besonders zu begründen.

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts regelt sich nach §§ 43, 36 Abs. 1, 2 FrGG. Die Uebernahme durch ein anderes Gericht ist nach § 46 Abs. 3 FrGG. möglich, auch wenn dadurch gemäß § 14 Abs. 2 des Pr. G. v. 2. 7. 00 ein anderer Kommunalverband kostenpflichtig wird. KGJ. **24** A 31; s. Nölle 43 ff. u. 70, der noch hervorhebt, daß § 44 FrGG. bei Fürsorgeerziehung Deutscher unanwendbar sei, auch im Falle des § 5; ebenso Aschrott 174 Anm. 2.

Das forum delicti commissi ist nicht begründet. Aschrott 109.

8. Schmitz, (3) 77 hält die Fürsorgeerziehung nicht für eine Vormundschaftssache und deshalb reichsrechtliche Bestimmungen des Vormundschaftsrechts für unanwendbare. Zuständig ist das preußische Gericht des Wohn- oder des Aufenthaltsorts, auch bei Nichtpreußen.

9. Das preußische Fürsorgeerziehungsgesetz kennt den Begriff der Rechtskraft in formeller und materieller Beziehung. Rechtskräftig zurückgewiesene Anträge können deshalb nicht ausschließlich auf Grund des früheren Sachverhalts, sondern nur auf Grund neuer Thatsachen, wenngleich unter Zurückgehen auf das frühere, zur Unterstützung und Ergänzung des neuen Vorbringens, wiederholt werden. KGJ. **24** A 35; s. Nölle (2) 57; s. auch 61.

Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, auf Anrufen eines vom Kommunalverband abgewiesenen Antragstellers die Aufhebung der Fürsorgeerziehung unter Vorbehalt des Widerrufs zu beschließen; der Widerruf steht nur dem Kommunalverbande zu, auch als Form der Entlassung. KGJ. **24** A 37; s. Schultzenstein-Köhne 427; Nölle, (2) 88.

Aschrott 177 hält neben dem Kommunalverband im Falle des § 1 Nr. 1 Pr. G. v. 2. 7. 00 auch das Gericht auf Grund des § 1671 BGB. zur Aufhebung für befugt. A. M. Nölle, (2) 85 Anm. 1.

Auch im Falle des § 5 Pr. Fürs.G. findet sofortige und weitere sofortige Beschwerde statt. Die Beschwerdeberechtigung bestimmt sich allein nach § 4 Abs. 4 des Gesetzes. KG. R. **02** 238, OLG. **4** 280. Der Pfleger hat nur das Beschwerderecht gegen Anordnung der Fürsorgeerziehung. Märcker, (7) 624, Nölle, (2) 70 sind für einfache Beschwerde.

Aschrott 135 ist für einfache Beschwerde nach § 10 FrGG.

Das Vormundschaftsgericht kann den bekannt gemachten Beschluß nicht ändern. Schmitz 89, Nölle, (2) 61. Nach Nölle das. 59 und Aschrott 129 ist auch Bekanntmachung des Beschlusses zu Protokoll (§ 16 Abs. 3 FrGG.) zulässig, während Schmitz 90 unbedingt die Zustellung fordert.

10. Die Anordnung der Fürsorgeerziehung gegen Ausländer kann nur nach Maßgabe des Art. 23 EG. z. BGB. erfolgen; vorläufige Unterbringung gemäß § 5 Pr. G. v. 2. 7. 00 ist statthaft. KGJ. **23** A 40; Nölle (2) 30 ff.; Aschrott 93, der aber im Allgemeinen ein öffentliches Interesse an der Fürsorgeerziehung von Ausländern verneint. A. M. Schmitz (3) 65, 80, der Art. 23 auf rein vormundschaftliche, insbesondere vermögensrechtliche Angelegenheiten beschränkt und die Fürsorgeerziehung auf Nichtpreußen und Nichtdeutsche unter Vorbehalt der Ausweisung dieser gleichmäßig anwendet. Auf nichtpreußische Deutsche hält auch Nölle das Fürsorgeerziehungsgesetz für unbeschränkt anwendbar; ebenso Aschrott 92; s. Märcker (17) 620, 624; Schultzenstein-Köhne 403.

11. Voigt, R. **02** 261 wendet sich gegen die Bestellung eines Pflegers im Falle der Fürsorgeerziehung, da der Kommunalverband hier kraft Gesetzes eintrete. Für die Nothwendigkeit einer Pflegschaft: Nölle (2) 35 Anm. 11, 87; Aschrott 95 Anm. 10; s. auch Planck zu Art. 136 Anm. 1e; vgl. Staudinger, N. 5e zu § 1666 BGB., der die Umstände des Einzelfalls entscheiden läßt. Kein Pfleger: Schultzenstein-Köhne 420 (der Fürsorger des § 11 ist kein Pfleger, 422); Märcker (17) 626 Anm. 1. Für die Möglichkeit der Einleitung einer Vormundschaft infolge Unterbringung zur Fürsorgeerziehung Hesse, Buschs Z. 29 259, gegen Schultzenstein-Köhne (2) zu § 1773 Anm. 4 Abs. 2 BGB., s. auch Schmitz (3) 111, Aschrott 75 Anm. 10, Nölle (2) 85 und Aschrott 174 lassen das Amt des nach § 12 Fürs.G. bestellten Anstaltsvormundes nur bis zur Entlassung dauern; Schmitz 112 bis zur Volljährigkeit oder Bestellung eines anderen Vormundes.

12. Ueber Fürsorgeerziehung (G. v. 2. 7. 00) in Konkurrenz mit Zwangserziehung (§ 56 Abs. 2 StGB.) handelt Fuhrmann, R. 01 615 ff.: Durch die Ueberweisung des verurtheilten Thäters zur Zwangserziehung nach § 56 StGB. ist das bereits eingeleitete Fürsorgeerziehungsverfahren erledigt. Ist der Thäter bereits nach § 5 Fürs.G. vorläufig untergebracht, so ist die Zwangserziehung nach § 56 doch fortan Sache des Staates (s. Winter, CBlFrG. 3 236, Schmitz (3) 61, Aschrott 27). Das Fürsorgeerziehungsverfahren wird eingestellt. Ist durch rechtskräftigen Beschluß bereits die Unterbringung des Thäters zur Fürsorgeerziehung angeordnet, so wird dadurch der Strafrichter nicht gehindert, auch die Unterbringung zur Zwangserziehung zu beschließen; die Ausführung geht in diesem Falle von dem Kommunalverband auf den Staat (s. auch Böhner R. 02 253) über. Die Fürsorgeerziehung ist für die Dauer der Zwangserziehung beseitigt, kann aber nach deren Beendigung (20. Lebensjahr) wieder eintreten (bis zur Volljährigkeit). Durch den Beschluß des Strafrichters nach § 56, daß der Thäter der Familie überwiesen werden soll, wird die Fürsorgeerziehung nicht berührt.

13. Nach OLG. 7 96 (KG.) findet das Fürs.G. wegen seines vormundschaftsrechtlichen Inhalts nach Art. 210 Abs. 1 Satz 1 EG. z. BGB. auch auf die nach dem früheren preußischen Zwangserziehungsgesetze zur Zwangserziehung untergebrachten Minderjährigen Anwendung.

14. Art. 135 Abs. 1 Satz 3 bezieht sich nicht auf die Fälle der §§ 55, 56 StGB. KGJ. 21 A 31 (gegen OLG. 1 301 (KG.) vgl. auch Planck, zu Art. 135 Anm. 2 (223 a. E.); Riedner (2) 3 Art. 135 Anm. 11. Winter, CBlFrG. 1 35.

Art. 135 Abs. 1 Satz 3: Verhütung des völligen sittlichen Verderbens setzt einen gewissen Grad der Verwahrlosung voraus. OLG. Darmstadt, Hess. Rspr. 1 26.

15. Ueber Zwangserziehung s. Habel, R. 02 61.

Ueber Entwickelung und Reform der Zwangserziehung in Preußen: Leggemann, R. 00 276 ff.

Art. 136. 1. Dieser Artikel hat der Landesgesetzgebung in der Gestaltung der vormundschaftlichen Rechte der Anstaltsvorstände völlig freie Hand gelassen.

2. Sind einer Anstalt alle Rechte eines Vormundes gegeben, so hat diese auch die Sorge für die Person des unehelichen Kindes. Gegenüber solchen Anstalten kann sich die Mutter nicht auf § 1707 BGB. berufen und die Sorge für die Person des Kindes selbst in Anspruch nehmen. OLG. 6 64 (Hamburg).

3. Es müssen die allgemeinen reichsrechtlichen Voraussetzungen der Bevormundung Minderjähriger vorliegen; bei Volljährigen keine gesetzliche Vormundschaft. Planck zu Art. 136 Anm. 1g; Schröder-Mugdan 422; Schultzenstein-Köhne zu Art. 136 Anm. 4.

4. Der gesetzliche Vormund ist Vormund nur unbeschadet des Elternrechts, soweit dies nicht entzogen ist (z. B. thatsächliche Fürsorge des § 1707 BGB.). Planck zu Art. 136 Anm. 1g.

5. Keine Verpflichtung, aber Bestallung: Schröder-Mugdan 423. Keine (Fürsorgeerziehung) Bestallung nach Schultzenstein-Köhne 335; vgl. auch das. 424 wegen des Vorstandes der Erziehungsanstalten.

6. Der Vorstand ist nicht der gesetzliche Vertreter, sondern der thatsächliche Leiter der Anstalt. Planck zu Art. 136 Anm. 1c; vgl. Aschrott, Fürsorgeerziehung 174 Anm. 5, der die Satzung der Anstalt entscheiden läßt. Der Vorstand ist Vormund als Behörde, nicht als individuelle Person; daher finden die gewöhnlichen Unfähigkeitsgründe keine Anwendung. Doch ist er von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen aus denselben Gründen wie andere Vormünder. Schilgen, Vorm.R. 24 Anm. 5.

7. Mehrere Vorstandsmitglieder sind rechtliche Mitvormünder. Schröder=Mugdan 424. A. M. Planck zu Art. 136 Anm. 1e; keine Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten durch das Gericht, sondern nach Anstaltsverfassung: Schröder=Mugdan a. a. O. und 659. Die Befugniß des Vormundschaftsgerichts, einen anderen Vormund zu bestellen, kann nicht ausgeschlossen werden. Planck a. a. O. Anm. 1 Ziff. 1; Schröder=Mugdan 424. Nach Aschrott 172, 175 Anm. 8 ist an Stelle des Anstaltsvorstandes, neben dem kein Gegenvormund (Nr. 4) bestellt werden darf, ein anderer Vormund zu bestellen, wenn nach § 1792 BGB. die Bestellung eines Gegenvormundes geboten ist (bei nicht unerheblicher Vermögensverwaltung).

8. Das Gericht hat Aufsichtsrecht (Ordnungsstrafen, Recht auf Auskunft u. s. w.). Planck a. a. O. Anm. 1 k; Schröder=Mugdan 423, Schultzenstein=Köhne 335.

9. Keine Vergütung des Vormundes. Planck a. a. O. Anm. 1k.

10. Art. 136 läßt auch gesetzliche Pflegschaft zu, z. B. im Falle der Zwangserziehung von Kindern, die unter elterlicher Gewalt stehen. Planck zu Art. 136 Anm. 1 e.

11. Bezüglich der gesetzlichen Vormundschaft der Anstaltsvorstände gilt das Recht des Ortes der Unterbringung auch in Betreff auswärtiger Mündel; ist an diesem Orte die gesetzliche Vormundschaft nicht anerkannt, so muß ein Vormund bestellt werden. Märcker (17) 535.

12. Die durch Art. 15 des französischen Dekrets v. 19. 1. 1811 als gesetzlicher Vormund der hülfsbedürftigen Kinder eingesetzten Verwaltungskommissionen der Civilhospitien in Elsaß=Lothringen (Vorstände unter staatlicher Aufsicht stehender Verpflegungsanstalten) bedürfen nicht der für bestellte Vormünder angeordneten Verpflichtung und keiner Bestallung. OLG. Colmar, R. 01 436, Schröder=Mugdan 657 ff. Die Mitglieder des Verwaltungsraths sind nicht Mitvormünder, a. M. Planck z. Art. 136 Anm. 1c, daher ist § 1797 BGB. unanwendbar. Die Kinder müssen dauernd aufgenommen sein.

Art. 138. Der Stadt Berlin steht ein gesetzliches Erbrecht auf erledigte Verlassenschaften mit Ausnahme derjenigen von „unechten und fremden Leuten" zu.

Dieses Erbrecht schließt das gesetzliche Erbrecht des Fiskus aus, so daß die der Stadt Berlin angefallene Erbschaft dem Staate auch dann nicht anfällt, wenn Berlin sie ausschlägt. KGJ. 24 A 58

Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge, 135, ist aber der Meinung, daß die an die Stelle des Fiskus tretende Körperschaft (z. B., die Stadt Berlin nach dem Rezesse Joachims I. vom 29. 12. 1508) zur Ausschlagung der Erbschaft nicht berechtigt ist, da es sich nicht um ein bloßes beneficium handelt, sondern es zur Ausschüttung des Nachlasses eines Erben bedarf.

Art. 141. Diese Vorschrift enthält nur eine Vorschrift für Rechtsgeschäfte, die auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommen werden; hingegen findet sie auf prozessuale Rechtsgeschäfte, z. B. Prozeßvergleiche, keine Anwendung. Verhältniß dieses Artikels zu §§ 167 ff. FrGG.: OLG. 2 213 (Hamburg).

Das RG. R. 01 385 hat dieses Urtheil bestätigt mit der Begründung, daß Landesgesetze, die gemäß Art. 141 EG. nur die Notare für die Beurkundung von Rechtsgeschäften für zuständig erklärt haben, die Vorschriften über den Prozeßvergleich nicht berühren und auch in dem Bereiche solcher Landesgesetze Verträge in dessen Formen beurkundet werden können. Vgl. über diesen Artikel auch Dorner, R 00 474, 475.

Art. 143. Schröder, R. 01 14, 15 bespricht die Auflassung vor Notaren in Elsaß=Lothringen, Kockerols, das. 34 ff. die öffentliche Versteigerung von

Grundstücken in der Rheinprovinz. Er kommt (36) zu dem Ergebnisse, daß die verschiedenen bisher im Rheinland üblichen Versteigerungsverfahren auf Grund des Art. 143 EG. in das neue Recht übergegangen und durch § 181 Satz 2 FrGG. wesentlich erleichtert worden sind. S. auch Kockerols, CBlFrG. 2 90 ff.

Art. 151. 1. Dorner, Buschs Z. 28 241 ff.: Oertliche Zuständigkeit und Ueberschreiten des Amtsbezirks bei Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Urkunden und R. 00 473 ff., 505 ff., führt aus, daß Art. 151 EG. z. BGB. die Folgen eines Verstoßes gegen die landesgesetzlichen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte und Notare den Landesgesetzen nicht vorbehalten hat, ein solcher Verstoß auch auf die Gültigkeit der Beurkundung ohne Einfluß ist.

Von der örtlichen Unzuständigkeit ist die Ueberschreitung des dem Gericht oder Notar angewiesenen Amtsbezirks zu unterscheiden.

Nach Dronke, DJZ. 99 130 ff. soll den landesgesetzlichen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit in Folge der Bestimmungen des Art. 151 nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften zukommen, deren Verletzung auf die Gültigkeit der Urkunde ohne Einfluß ist. Dem gegenüber ist der Ansicht beizutreten, daß die Vorschriften über die Abgrenzung der Amtsbezirke der Gerichte und Notare als Theil der dem Landesrecht unterstellten Behördenorganisation, nicht zu den Vorschriften über Errichtung der Urkunden im Sinne des Art. 151 gehören und daß dieser die Frage, welche Folgen die Aufnahme rechtsgeschäftlicher Urkunden durch die Gerichte und Notare außerhalb ihrer Amtsbezirke für die Wirksamkeit der Urkunden hat, offen läßt, Komm. z. FrGG. von Dorner zu § 200 Anm. 4c, Schultze-Görlitz 331, 385, Fuchs 425, 496, Rausnitz 544, zweifelhaft auch Jastrow, Notariatsrecht, Anm. 1 Art. 39 Pr. AG. z. BGB. Dies gilt auch für gerichtliche Urkunden, da andere reichsgesetzliche Bestimmungen für sie keine Einschränkungen schaffen (247 ff.).

Die Landesgesetzgebung hat daher sowohl in Bezug auf die Notare als auch die Gerichte in der Bestimmung der Folgen einer Ueberschreitung des Amtsbezirkes bei Vornahme rechtsgeschäftlicher Beurkundungen völlig freie Hand. Bestimmt sie, daß eine außerhalb des Amtsbezirkes vorgenommene Beurkundung aus diesem Grunde nicht ungültig ist oder daß der Geschäftskreis des Urkundsbeamten überhaupt nicht an einen Bezirk des Landes gebunden ist, so ist es auf die Gültigkeit der Beurkundung ohne Einfluß, an welchem Orte innerhalb des Staatsgebiets sie vorgenommen ist, aber einer außerhalb des Bundesstaats, dem sie angehören, von einem Gericht oder Notar aufgenommenen Urkunde ist die Gültigkeit zu versagen. Bestimmt aber das Landesgesetz, daß die vorschriftswidrig außerhalb des Amtsbezirkes aufgenommenen Urkunden nicht als öffentliche gelten, so hat die Ueberschreitung des Amtsbezirkes die Nichtigkeit der Urkunde zur Folge, selbst dann, wenn die Beurkundung in einem anderen Bezirke des nämlichen Staates vorgenommen ist, einerlei ob der beurkundende Beamte selbst oder die Betheiligten irrthümlich angenommen haben, jener befinde sich in seinem Bezirke. Sind überhaupt keine landesgesetzlichen Bestimmungen vorhanden, so bestimmen sich die Folgen nach allgemeinen Grundsätzen. Darnach aber ist der Beamte außerhalb des ihm angewiesenen Bezirkes nur Privatperson und die von ihm dort vorgenommenen Handlungen sind keine Amtshandlungen. Die von den Gerichten und Notaren dieser Staaten außerhalb ihres Amtsbezirkes vorgenommenen Beurkundungen von Rechtsgeschäften sind daher ungültig.

2. Ueber Verstöße gegen die sachliche Zuständigkeit führt Dorner, R a. a. O (gegen Schultze-Görlitz, Jastrow, Rausnitz, Weißler, Joseph) aus, daß nach Art. 151 Satz 2 EG. z. BGB. und ebenso nach § 200 Abs. 2 FrGG. Verstöße gegen die landesgesetzlichen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte und Notare zu rechtsgeschäftlichen Beurkundungen in

gleicher Weise wie die Verstöße gegen sonstige Vorschriften über Errichtung solcher Urkunden auf deren Gültigkeit ohne Einfluß sind, sofern nicht das Landesgesetz selbst an den Verstoß die Folgen der Ungesetzlichkeit knüpft. Die reichsgesetzliche Regel, wonach auch jenen Vorschriften nur der Charakter von Ordnungsvorschriften innewohnt, bleibt in Kraft, wenn, wie thatsächlich der Fall, die Landesgesetze die Folgen einer Verletzung der von ihnen geregelten sachlichen Zuständigkeit nicht abweichend bestimmt haben.

Vierter Abschnitt.

Uebergangsvorschriften.

Literatur: Kahn, Iherings J. **43** 299: Abhandlungen aus dem internationalen Privatrechte. — Niedner, Kollision der örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen. R. **00** 250ff. — Habicht, Zusammentreffen von zeitlicher und örtlicher Kollision der Gesetze, R. **00** 405ff. — Schöller, Fragen des internationalen Privatrechts in der Uebergangszeit. DJZ. **00** 250.

Art. 153. 1. Ist bei einem Rechtsverhältnisse die örtliche und die zeitliche Kollisionsfrage zu entscheiden, so ist nach Niedner (ausführlich a. a. O. 251ff.) die örtliche Kollisionsfrage zuerst zu entscheiden. Das versteht sich jedoch nur für den Fall, daß die international-privatrechtliche Frage im Verhältnisse zum Auslande zu lösen ist (254).

2. a) Grundsatz der Uebergangsbestimmungen ist: **Jedes Rechtsverhältniß gehört dem Rechte der Zeit an, in der es begründet ist und zwar sowohl hinsichtlich 1. der Voraussetzungen seiner Begründung, als auch 2. seiner Wirkungen.** Dieser Grundsatz wird nur insoweit eingeschränkt, als a) eine Anzahl **positiver Ausnahmevorschriften im Gesetz aufgestellt ist und als b) bei allen Rechtsverhältnissen** diejenigen Wirkungen **auszuscheiden** haben, die nicht den eigentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses ausmachen (243—245).

Gegen Niedner **wendet sich** Habicht, **R. 00** 405 ff. und Einwirkung (3) 39 Anm. 1: Die Vorschriften der Artt. 7 ff. EG. z. BGB. — des internationalen **Privatrechts** — sind ebenso neues **Recht** wie das BGB. selbst. Sie können **deshalb** nur da angewendet werden, wo der Gesetzgeber nicht die fortdauernde **Anwendbarkeit** der bisherigen Gesetze vorschreibt. Ob das der Fall ist, **ergeben** die Uebergangsvorschriften des vierten Abschnitts. Von diesen ist **deshalb** in erster Linie auszugehen.

b) Das Reichsgericht stellt den für diesen Abschnitt des Einführungsgesetzes **bedeutungsvollen Grundsatz** auf, daß dispositive Gesetzesvorschriften nicht **rückwirkend** sind; zwingende nur dann, wenn außerdem noch der Wille des Gesetzgebers erkennbar ist, daß er nicht nur für die Zukunft der Vertragsfreiheit Schranken setzen, sondern sogar wohlerworbene Vertragsrechte verletzen will. **RG. 42** 97; JW. **98** 665; **RG. 43** 23; DJZ. **99** 65.

3. Die Frage, ob eine bereits unter dem bisherigen Rechte erworbene Großjährigkeit mit dem Inkrafttreten des BGB. wieder verloren gehen kann, wird brennend, wenn die Großjährigkeit nach dem auf Grund des bisherigen internationalen Privatrechts anzuwendenden Auslandsrechte vor dem 21. Lebensjahr erworben ist. Niedner a. a. O. 246.

Art. 155. Glücksmann, DJZ. **01** 255: Ueberleitung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit in solche wegen Geistesschwäche.

In dem gegen einen vor dem 1. Januar 1900 ergangenen Entmündigungsbeschluß gerichteten Anfechtungsverfahren ist vom 1. Januar 1900 ab materiell das Recht des BGB. anzuwenden. **RG. R. 00** 464; JW. **00** 848; Gruchots Beitr. **45** 1041; JW. **01** 72; Gruchots Beitr. **45** 378; JW. **00** 867; R. **01** 16, 120; vgl. **RG.** BadRpr. **02** 143; OLG. Köln, Puchelts Z. **32** 595.

Art. 156. Die Vorschrift des BGB. über Wiederaufhebung der Entmündigung finden auf einen vor Inkrafttreten des BGB. Entmündigten auch dann Anwendung, wenn die Wiederaufhebungsklage vor dem 1. Januar 1900 erhoben ist. **RG.** JW. **01** 475, R. **01** 384, Gruchots Beitr. **45** 998 ff.

Art. 161. 1. Wahl, Todeserklärung nach BGB., HessRspr. **1** 175 ff. folgert aus Art. 161, daß in den Rechtsgebieten, in denen seither die Lebensvermuthung bis zum 70. Lebensjahre bestand, ein früherer Zeitpunkt als der 1. 1. 00 nur dann als muthmaßliche Todeszeit angenommen und festgesetzt werden darf, wenn der Verschollene in diesem Zeitpunkt das 70. Lebensjahr bereits vollendet hatte. Denn vor diesem war nach dem bisherigen Rechte die Todeserklärung nicht zulässig. Hat dagegen am 1. 1. 00 ein Verschollener seit mehr als 10 Jahren keine Nachricht über sein Leben gegeben und ist er über 70 Jahre alt, so kann er zum 1. 1. 00 für todt erklärt werden. Vgl. Habicht (3) 99 ff.

2. a) Rechtsprechung: Nach der Entscheidung des OLG. Stuttgart, DJZ. **02** 128 sind unter den den bisherigen Gesetzen unterliegenden Wirkungen der Todeserklärung im Art. 161 Abs. 3 die eigenartigen allgemeinen Wirkungen der Todeserklärung gemeint, insbesondere die, daß das Gesetz an das auf Grund des Aufgebotsverfahrens ergehende Ausschlußurtheil die rechtliche Vermuthung des Todes des Verschollenen knüpft und dem Ausschlußurtheil die Bedeutung der gesetzlichen Beendigung von Rechtsverhältnissen des Verschollenen beilegt, nicht aber die an die Todeserklärung sich knüpfenden Aenderungen der Rechtsverhältnisse der Betheiligten als Wirkungen des vermutheten Todes des Verschollenen.

b) Einige Gesetze hatten der Todeserklärung konstitutive, andere deklaratorische Wirkung beigelegt, und bei der letzteren war wiederum verschieden, ob die Eröffnung der Erbfolge auf den Ablauf der Verschollenheit oder auf ihren Beginn zu verlegen sei. Diese Bestimmungen der früheren Gesetzgebungen — in Preußen § 835 ALR. II. 18 — wollte Art. 161 Abs. 3 Satz 1 bei einem am 1. 1. 00 anhängigen Verfahren gegenüber § 18 BGB. aufrecht erhalten. OLG. **4** 441 (KG.), gegen Habicht.

c) Die Beerbung eines nach dem 1. 1. 00 für todt Erklärten richtet sich, wenn das Verfahren vor dem 1. 1. 00 eingeleitet war, und das Urtheil nach altem Rechte — z. B. ALR. § 835 II. 18 — konstitutive Wirkung hat, nach dem BGB. NaumbAK. **01** 62 (KG.).

d) Ein vom 1. 1. 00 ab anhängig gewordenes Verfahren wegen Todeserklärung ist unter Vorbehalt der Ausnahme im Art. 161 Abs. 2 nach dem BGB. (§§ 18 Nr. 1, 14) zu erledigen. Trotzdem kann der Todestag auf einen vor dem 1. 1. 00 liegenden Tag festgestellt werden. In einen vor Zurücklegung des 70. Lebensjahrs des Verschollenen durch seinen Abwesenheitspfleger für ihn erfolgten Erbschaftsantritt will aber das BGB. damit nicht eingreifen. OLG. **5** 473 ff. (Stuttgart) zum Theil gegen Habicht (3) 92 ff., 102, 104.

Art. 163. Die erlaubte Privatgesellschaft des ALR., die sich nicht in das Vereinsregister eintragen läßt, ist auch nach dem 1. 1. 00 noch nach ALR. und nicht nach dem Rechte des BGB. zu beurtheilen. **RG.** JW. **02** Beil. 225, R. **02** 325.

Art. 163 bezieht sich nur auf solche Vereine, die vor dem 1. 1. 00 vom Landesrecht als juristische Personen anerkannt waren. LG. Hamburg, HansGerZ. **00** Beibl. 75; **RG.** R. **02** 351.

Art. 167. 1. Die Bestimmung des 7. Nachtrags des Statuts der Posener Landschaft (13. 5. 57), zum II. Regulativ (5. 11. 66) und zum III. Regulativ (4. 5. 85), bestätigt durch Erlaß vom 1. 6. 95: „Der Darlehensschuldner hat in der Schuldurkunde für den Fall der Bepfandbriefung über die Hälfte des landschaftlichen Taxwerths hinaus die in das Grundbuch einzutragende Verpflich-

tung zu übernehmen, das zu beleihende Gut ohne Genehmigung der Königl. Direktion der Posener Landschaft nicht zu verpachten", ist auch gegenüber dem BGB. zulässig und eintragungsfähig. LG. Schneidemühl, PosMschr. **01** 40.

2. Die Bestimmung der Posener Landschaft, wonach der nicht getilgte Theil der Hypothek den Vorrang vor dem getilgten Theile erhalten soll, ist trotz des § 1176 BGB., wonach diese Wirkung kraft Gesetzes eintritt, eintragungsfähig. PosMschr. **01** 137 (KG.).

3. Der § 21 Abs. 4 der ostpreußischen Landschaftsordnung vom 7. 12. 91, wonach bei Aufnahme eines Pfandbriefdarlehens mütterliche Erbtheile der Kinder des Besitzers in das letzte Drittel des Werthes des Gutes zurücktreten, ist durch die neue Gesetzgebung unberührt geblieben. Er besagt aber nur, daß das Muttererbe die Stelle unmittelbar hinter dem mit zwei Dritteln des Werthes ausgehenden Pfandbriefdarlehen einzunehmen habe. KGJ. **24** A 139.

4. Ueber die Eintragungsfähigkeit der Bestimmung bei Hypothekendarlehen der Hannoverischen Landeskreditanstalt in Hannover, daß der Grundstückseigenthümer bis zur Tilgung des ganzen Hypothekenkapitals über den abgetragenen Theil nicht verfügen darf, unter dem neuen Rechte: KGJ. **20** A 206, R. **00** 462.

Art. 168. 1. Ist eine Wittwe durch letztwillige Verfügung ihres verstorbenen Ehemanns ermächtigt worden, unbeschränkt über seinen Nachlaß, namentlich auch durch Veräußerung von Nachlaßgrundstücken, zu verfügen, so kann sie auch unter dem neuen Rechte die Nachlaßgrundstücke ohne Hinzuziehung der Erben auflassen. KGJ. **21** A 137.

2. Wenn ein Vorerbe die Eintragung seines Eigenthums an einem Nachlaßgrundstücke beantragt, so ist das Recht des Nacherben von Amtswegen auch dann einzutragen, wenn der Erblasser schon vor dem 1. 1. 00 gestorben ist. KGJ. **20** A 81, R. **00** 378.

Art. 169. 1. Dronke, Puchelts Z. **29** 542 ff.: Die Vorschriften dieses Artikels lassen sich mit denen des Code civil über die „prescription particulière" schwer vereinigen. Neben der letzteren Verjährung besonderer Art, deren Wirkung nur die Rechtsvermuthung der erfolgten Zahlung mit Beschränkung des Gegenbeweises auf die Eideszuschiebung ist, läuft noch nach französischem Rechte die gewöhnliche, regelmäßig 30 jährige Verjährung.

2. Es wird darüber gestritten, ob die besondere Verjährung eine echte Verjährung ist — so in ständiger Rechtsprechung OLG. Cöln, z. B. im Rhein. Arch. **92** 128; Dronke, Puchelts Z. **29** 543 ff.; Riesebieter, RheinABZ. **99** **229** ff., auch Oldenburg. Z. f. Verw. u. Rechtspfl. **27** 65 ff.; Förtsch, DJZ. **99** 202, **00** 91 — oder eine uneigentliche, der zufolge das Rechtsinstitut nur als eine „Rechtsvermuthung" aufzufassen ist — so RG. **32** 368; Mann, DJZ. **99** 481; Mentzel, RheinABZ. **00** 46 ff.

Faßt man die Verjährung als echte Verjährung auf, so findet auf sie Art. 169 Abs. 1 Anwendung — so Dronke, Riesebieter und Förtsch; a. M. Mentzel. Faßt man sie als uneigentliche Verjährung, d. h. nur als Rechtsvermuthung auf, kommt der Artikel nur für die nebenher laufende ordentliche Verjährung in Betracht — so Mann und Mentzel.

3. Für die am 1. Januar 1900 noch nicht verjährten Ansprüche ist unter der Herrschaft des neuen Rechtes der Gegenbeweis non factae solutionis nicht mehr zulässig, wenn auch die prescription particulière unter der Herrschaft des alten Rechtes bereits begonnen hatte. Riesebieter a. a. O. **98** 210 f.; Dronke 545, Mentzel a. a. O. **99** 64; a. M. Mentzel a. a. O. 51; Förtsch a. a. O. **00** 91.

Bei den Ansprüchen, die am 1. Januar 1900 noch nicht der 30 jährigen, wohl aber der Frist der besonderen Verjährung unterlegen haben, danach also

verjährt sind, ist der Gegenbeweis non factae solutionis ebenfalls nicht mehr zulässig; sie sind endgültig verjährt. Dabei handelt es sich nicht um einen Eingriff in erworbene Rechte, nicht um die Wirkung einer bereits eingetretenen Verjährung, sondern um eine, wenn auch materiell-rechtliche Negative: die Wirkung der Verjährung wieder zu entkräften. Diese Möglichkeit, die das neue Recht nicht mehr kennt, ist ihrem ganzen Inhalte nach nicht der Inhalt einer Verjährungsnorm, sondern es handelt sich hier um den Inhalt eines Rechtssatzes für sich, der ununterschieden Prozeß- und Materiellrechtliches in sich birgt. Beide Rechtssätze sind organisch gar nicht mit einander verbunden. Bestehen sie aber neben einander, so ist ihre Wirkung nur dann nach dem alten Rechte zu beurtheilen, wenn sie nicht unter ihr eintritt. Ist also bei dem Inkrafttreten des **BGB.** die Replik non factae solutionis noch nicht erhoben, hat also die in ihr enthaltene materiell-rechtliche Vorschrift bis dahin noch nicht ihre Wirkung geäußert, so kann sie es überhaupt nicht mehr, da das neue Recht nur fertige juristische Thatbestände respektirt. Riesebieter a. a. O. **99** 231 ff., **98** 211 f.; a. M. Dronke 544; Förtsch a. a. O. **00** 91; Mentzel **99** 64, **00** 50.

4. a) Dieser Artikel bezieht sich nicht auf laufende Ausschlußfristen, ist auf diese auch nicht analog anzuwenden. OLG. **2** 165 (KG.). Insbesondere nicht auf die Ausschlußfrist für die Anfechtung einer Ehe, vgl. Art. 198 Abs. 2 EG. z. BGB. **RG.** JW. **01** 452, vgl. aber **RG. 46** 156. Giebt daher das alte wie das neue Recht für einen Anspruch eine Ausschlußfrist, so läuft die alte Frist weiter, und es tritt durch das Inkrafttreten des BGB. keine Rechtsänderung ein. Setzt aber das alte Recht eine Ausschlußfrist, während das BGB. Verjährung anordnet, so tritt die Verjährung an deren Stelle, jedoch ohne Anrechnung der bereits verlaufenen Frist. Hat umgekehrt das alte Recht Verjährung, während das neue eine Ausschlußfrist setzt, so hört die alte Verjährung auf, und es beginnt die Ausschlußfrist des BGB. ebenfalls wieder ohne Einrechnung der bereits verstrichenen Verjährungsfrist. Dronke, Puchelts Z. **30** 129 ff.

b) Zu Abs. 2 bemerkt Erler, Ehescheidungsrecht 131: Wenn auch die Verjährungsfristen auf die im § 1571 bezeichneten Ausschlußfristen für die Ehescheidungsklage nicht unmittelbar anwendbar sind, so führt doch der im Art. 201 Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse. Vgl. OLG. **4** 89 (Dresden).

Art. 170. 1. Schuldverhältniß im Sinne des Art. 170 ist nicht nur ein obligatorisches Verhältniß im engeren Sinne, eines der im 7. Abschnitt des 2. Buches des BGB. behandelten Schuldverhältnisse, sondern jedes Schuldverhältniß des Sachen-, Familien- und Erbrechts, sofern nicht das EG. dafür andere Bestimmungen enthält. Habicht, Einw. (3) 171; Planck, Komm. z. BGB. II Vorbem. 3—5; ders. Anm. 1 zu Art. 170 (274); **RG.** JW. **00** 11; BayrObLG. R. **00** 464; vgl. aber **RG. 50** 187, 188; R. **02** 238; JW. **02** Beil. 197.

2. Ueber die Rechtsanwendung bei Schuldverhältnissen aus Verträgen sagt du Chesne, SächsA. **10** 661: Die Parteien können nicht vereinbaren, daß für einen Vertrag unter neuem Rechte das alte Recht in Geltung bleiben soll, sondern nur, daß ihre Vertragsabreden, soweit dispositiv, den ihnen vom alten Rechte beigelegten Inhalt haben sollen (anders dem Wortlaute nach § 18 Sächs. BGB.). Ohne eine solche Vereinbarung hat der unter altem Rechte abgesandte, unter neuem Rechte ordnungsmäßig zugehende Antrag, obwohl der Antragende den vom alten Rechte bestimmten Rechtserfolg beabsichtigt hat, Wirkung nur nach neuem Rechte. Vgl. aber Planck zu Art. 170 Anm. 1, 274, 275; Habicht (3) 172—174.

3. Die nach Neujahr 1900 von einem Dritten begehrte Genehmigung einer vor Neujahr 1900 erfolgten Handlung untersteht dem neuen Rechte. Francke, Seuff. Bl. f. RAnw. **00** 341 ff.

4. a) Niedner, Komm. zu Art. 170 und R. **00** 141 ff., 425 ff. führt über die Anwendung des alten oder neuen Rechtes auf die durch einen nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetretenen Verzug entstandenen Wirkungen des Schuldverhältnisses aus, daß ein unter dem alten Rechte schon begonnener Verzug zwar diesem untersteht, die Wirkungen eines erst unter dem neuen Rechte entstandenen Verzugs aber nach neuem Rechte zu beurtheilen sind, jedoch mit einer Ausnahme für diejenigen Rechtsfolgen, welche bei den einzelnen gesetzlich geregelten Schuldverhältnissen, z. B. Kauf, Tausch, der Natur dieser Verträge entsprechend individualisirt sind. Dagegen Habicht (3) 202, 772, der grundsätzlich das Recht zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses für maßgebend erachten will, ebenso Hölder, DIZ. **00** 101 ff., 181 ff.; Neumann (3) 1457; Planck zu Artt. 170, 273 ff.; Lehmann Goldschmidts Z. **48** 95.

b) Hieraus folgt, daß die Nichterfüllung der dem Schuldner durch den Vertrag auferlegten Verpflichtungen, z. B. durch Verzug, nach altem Rechte zu beurtheilen ist. Anders indessen bei der Frage, ob die Höhe der Verzugszinsen sich vom 1. Januar 1900 ab nach altem oder neuem Rechte bemißt. Das **RG. 46** 74, 82; IW. **00** 269; Gruchots Beitr. **44** 1094; DIZ. **00** 141, 253, 301 führt hierüber aus: Art. 170 kommt nicht in Betracht bei Entscheidung der Frage, ob von einer vor dem 1. Januar 1900 fällig gewordenen Schuld vom 1. 1. 1900 ab Verzugszinsen nach altem oder neuem Rechte zu zahlen sind; denn der Verzug ist nicht ein einmaliges Ereigniß, sondern eine Thatsache von Dauer, welche die Leistungsverpflichtung mit jeder neuen Zeiteinheit von neuem entstehen läßt. Demgemäß ist für jede Leistungspflicht die jeweilige Gesetzgebung entscheidend und auch eine vor dem 1. Januar 1900 fällig gewordene Schuld von da an mit 4% zu verzinsen.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist diese sehr streitige und viel erörterte Frage überwiegend zu Gunsten des neuen Rechtes entschieden worden.

α. Für die Bejahung sind u. A. Habicht a. a. O. (3) 208 Anm. 2; Niedner a. a. O. Art. 170 Anm. I; Crusen-Müller, Komm. z. Pr. AG. z. BGB. Art. 10 Nr. III 2a—b, 167—169; Scherer, Komm. z. EG. z. BGB. Nr. 186, 146; Planck, Komm. z. EG. z. BGB. Art. 170 Anm. 5, 277; Keyßner, DIZ. **00** 113; Schönfeld, Neukamp, Stölzel, R. **00** 55 ff., 77 ff., 137—139; OLG. Frankfurt a/M., Dresden, Hamburg, DIZ. **00** 87, 88, 98, 99 (AG. Hamburg 100), Breslau, R. **00** 38; die LG. Torgau, Bielefeld, R. **00** 38, 62, vgl. Marcus das. 38 über die Praxis der Berliner Gerichte.

β. Dagegen sind Staub, DIZ. **00** 42, 64, 111, 156; Brettner, das. 90 bis 91; Hölder, das. 101; Goldenring 133; Heinitz, Komm. z. Pr. StempelstG. (2) 204—205; Stranz-Gerhard, Komm. z. Pr. AG. z. BGB. Art. 10 Anm. 5; Lehmann, Goldschmidts Z. **48** 93, 98; LG. Leipzig, Ostrowo, Berlin, DIZ. **00** 76, 91, 157. Nach OLG. **1** 166 (KG)., **2** 222 (Köln) können Verzugszinsen nach dem 1. 1. 1900 nur nach dem BGB. gefordert werden. Von diesem Zeitpunkt an können daher weder von gesetzlichen noch von Vertragszinsen Verzugszinsen beansprucht werden.

c) Rechtsprechung: Für die Frage der zeitlichen Kollision der Gesetze bei Vertragsverhältnissen kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht auf den Zeitpunkt, mit dem der Vertrag in Wirksamkeit treten soll, an (Engagementsvertrag für Handlungsgehülfen). OLG. **2** 206 (Stuttgart) — vgl. hiervon abweichend oben zu § 288 — bestätigt durch **RG.** IW. **01** 379. **RG.** IW. **00** 591.

5. Unter „bisherigen Gesetzen“ im Art. 170 sind in den Uebergangsvorschriften nicht nur die durch die Bestimmungen des BGB. ersetzten bisherigen Privatrechtsnormen, sondern auch die bisherigen örtlichen Anwendungsnormen zu verstehen, gleichviel, ob man der Meinung ist, daß Normen dieser Art Bestandtheil des Privatrechts sind oder nicht. **RG.** DJZ. **02** 44, R. **02** 151.

6. Durch Art. 170 wird nicht ausgeschlossen, daß Prohibitivnormen des BGB., die auch beim Inkrafttreten des BGB. bestehende Schuldverhältnisse ergreifen sollen, mit rückwirkender Kraft zur Anwendung gebracht werden. Als solche Prohibitivnormen sind nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts anzusehen:

a) § 138 Abs. 2 BGB. (Verbot der wirthschaftlichen Ausbeutung). **RG. 47** 103, JW. **01** 1 (vgl. auch o. Ziff. 3 zu § 138 a. E. (87).

Jedoch können auf Grund des § 138 Abs. 2 nicht Leistungen zurückgefordert werden, die unter dem alten Rechte zur Erfüllung einer rechtswirksamen Verbindlichkeit gemacht worden sind, BayrObLG. R. **02** 71, auch bestimmt sich die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts der im § 138 Abs. 2 BGB. bezeichneten Art, wenn es unter altem Rechte von beiden Theilen vollzogen worden ist, nach altem Rechte. BayrObLG. **2** 602, R. **02** 128.

b) § 138 Abs. 1 (unsittliche Rechtsgeschäfte). **RG.** JW. **01** 639, R. **01** 518.

c) § 1297 (Nichteinklagbarkeit des Eheversprechens auf Grund eines Verlöbnisses). **RG.** JW. **00** 726; JW. **01** 138; JW. **01** 384 (vgl. o. zu § 1297 Note 6).

7. Ein Thatbestand, der sich aus mehreren zeitlich aufeinander folgenden einzelnen Thatsachen zusammensetzt, gehört dem Rechte derjenigen Zeit an, zu der sich der Thatbestand vollendet, vorausgesetzt, daß die während der Geltung des früheren Gesetzes eingetretenen Thatsachen nur die Aussicht auf künftigen Rechtserwerb, nicht aber eine diese Aussicht schützende Gebundenheit des Willens erzeugt haben. **RG.** R. **02** 238.

8. Die Form von Rechtsgeschäften, durch die vor dem 1. 1. 00 begründete Schuldverhältnisse nach diesem Zeitpunkt abgeändert werden sollen, desgleichen das Zustandekommen und die Rechtswirksamkeit eines Vertrags, durch den ein vor dem 1. 1. 00 begründetes Vertragsverhältniß wieder aufgelöst worden sein soll, ist nach neuem Rechte zu beurtheilen. OLG. **5** 31 (Königsberg), R. **02** 396; **RG.** R. **02** 462.

9. a) Art. 170 findet auch auf die Schuldverhältnisse des Handelsrechts Anwendung, OLG. **6** 1 (Kiel), so auf die Rechtsverhältnisse der Handlungsgehülfen, den Agenturvertrag u. a., aber erst mit Wirkung vom 1. 1. 00 an. **RG.** JW. **01** 379; Sächs. Ann. **23** 505 (Dresden); R. **02** 532. Vgl. **RG.** JW. **00** 591.

b) Für die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Schuldverhältnisse gelten noch die Rechtsvermuthungen der Landesrechte. **RG.** Seuff. A. **56** 470.

c) Ein nach gemeinem Rechte zulässiges Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann seit dem 1. 1. 00 für frühere Schuldverhältnisse nicht mehr anhängig gemacht werden. Gegen Habicht (3) 773, 134 Anm. 1 OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beil. 231; R. **02** 534; OLG. **5** 479; **RG.** DJZ. **01** 49.

10. Zu dem allgemeinen Theile des Rechtes der Schuldverhältnisse:

a) Die zur Erfüllung eines dem früheren Rechte unterstehenden Schuldverhältnisses dienenden Erfüllungsgeschäfte sind bei ihrer Vornahme nach dem 1. 1. 00 nach den Vorschriften des BGB. zu beurtheilen, nach diesen bestimmt sich daher nicht Gegenstand, Zeit und Ort der Erfüllung, wohl aber was zur Herbeiführung der Bewirkung der Leistung erforderlich ist. **RG. 48** 19; JW. **01** 182; R. **01** 234; OLG. Frankfurt a. M., Rundsch. **35** 125; R. **02** 74; JW. **01** 226.

b) Verlangt eine zum Schadensersatze verpflichtete Person von der Gegenpartei als Gegenleistung Abtretung von Rechten gegen dritte Personen, und stand die

Thatsache, aus der die Verpflichtung der Gegenpartei zur Abtretung hergeleitet wird, also die Leistung des Schadensersatzes, am 1. 1. 00 noch aus, so greift für die Beurtheilung jener Ansprüche auf Gegenleistung nicht das frühere Recht, sondern das Recht des BGB. Platz. Das durch die schädigende Handlung vor dem Inkrafttreten des BGB. begründete Schuldverhältniß steht in keinem nothwendigen Zusammenhange mit dem durch die Schadensersatzleistung begründeten Schuldverhältnisse, bei dem die Parteirollen umgekehrt sind. RG. SächsA. **12** 729.

c) Ist die Vereinbarung, welche den Anspruch auf Rechnungslegung begründet, vor dem 1. 1. 00 getroffen, so sind auf die Abrechnung §§ 259, 260 BGB. nicht anwendbar. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 144, R. **02** 351.

d) Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren vor dem 1. 1. 00 entstandenen Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm nach dem 1. 1. 00 Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden aus, so ist die Frage, auf welche der verschiedenen Schulden das Geleistete anzurechnen ist, nach dem BGB. zu entscheiden. RG. R. **02** 325.

e) Ob ein Zurückbehaltungsrecht begründet ist, ist auch wegen früherer vor dem 1. 1. 00 entstandener Ansprüche nach neuem Rechte zu beurtheilen, wenn es zuerst nach dem 1. 1. 00 ausgeübt wird. OLG. Hamburg, R. **01** 47; OLG. **2** 57. Derselben Ansicht ist das RG. **49** 82 f. gegen Habicht, Einw. (3) 354: Wird ein Zurückbehaltungsrecht erst nach dem 1. 1. 00 geltend gemacht, so ist dieser Zeitpunkt maßgebend für die Frage, ob es Rechtswirkung hat, auch wenn alle sonst dafür erheblichen Rechtsverhältnisse aus der Zeit vor 1900 herrühren.

f) Nach dem 1. 1. 00 darf ein Gläubiger das im Art. 1166 code civil den Gläubigern übertragene Recht auf Ausübung der Rechte ihrer Schuldner wegen einer unter der Geltung des französischen Rechtes entstandenen Forderung nicht mehr geltend machen, da dieses Recht dem BGB. fremd ist und Art. 170 darauf keine Anwendung findet. Es ist ein selbständiges Hülfsrecht des Gläubigers und kein Bestandtheil des Schuldverhältnisses. RG. R. **02** 352. Uebereinstimmend Scherer 162 (Nr. 114); a. M. Habicht (3) 354.

g) Eine Verpflichtung zur Eintragung eines dinglichen Rechtes, welches das BGB. nicht anerkennt, kann nach dem 1. 1. 00, auch wenn sie durch Vormerkung gesichert gewesen ist, nicht mehr erfüllt werden, da die Eintragung des Rechtes mit diesem Zeitpunkt unzulässig geworden ist. RG. JW. **01** 273.

h) (Vgl. auch oben Ziff. 4 b.) Bei Schuldverhältnissen, die vor dem 1. 1. 00 entstanden sind, sind die Wirkungen des nach diesem Zeitpunkt eintretenden Verzugs nach altem Rechte zu beurtheilen. OLG. Kiel, SchleswHolst. Anz. **01** 265, R. **01** 540. Uebereinstimmend OLG. Darmstadt, HessRspr. **2** 153 für die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs bei einem vor dem 1. 1. 00 begründeten Schuldverhältnisse.

Wenn der Umstand, durch den ein Annahmeverzug des Gläubigers bewirkt wird, erst nach dem 1. 1. 00 eingetreten ist, so richtet sich die Beurtheilung der Frage, ob ein Annahmeverzug vorliegt, nach dem für das Erfüllungsgeschäft maßgebenden neuen Rechte. OLG. Karlsruhe, BadRspr. **02** 242, R. **02** 483.

Die Form der Inverzugsetzung (Mahnung durch Gerichtsvollzieher oder Notar) richtet sich nach demjenigen Rechte, unter dem das Schuldverhältniß entstanden ist, so besonders bei Schuldverhältnissen des französischen Rechtes (1139 code civil), das in Betreff der rechtlichen Bedeutung und namentlich der Wirkungen des Verzugs auf das Schuldverhältniß vom BGB. sehr verschieden ist. OLG. Köln, RheinA. **03** 146.

i) Für das Rücktrittsrecht des Gläubigers als Wirkung des Leistungsverzugs des Schuldners ist bei einem vor dem 1. 1. 00 begründeten Rechtsverhältnisse das frühere Recht auch für den Fall maßgebend, daß der Leistungsverzug erst

unter der Herrschaft des BGB. eingetreten ist. Gleiches gilt für die Voraussetzungen des Leistungsverzugs. **RG.** JW. **02** 275. Vgl. das. **01** 867. Dasselbe gilt, wenn in einem solchen Falle eine Vertragsstrafe gefordert wird. OLG. Karlsruhe, R. **01** 468; **RG.** BadRspr. **02** 170, R. **02** 373.

Das nach § 326 BGB. dem nichtsäumigen Theile eines gegenseitigen Vertrags eingeräumte Rücktrittsrecht gilt auch für alte Schuldverhältnisse. OLG. **6** 45 (Hamburg).

k) Nach Habicht (3) 250 und Anm. 1 ist § 343 BGB. (s. o. Ziff. 6 b) (Herabsetzung der übermäßig hohen Vertragsstrafe durch den Richter) auch bei Schuldverhältnissen des älteren Rechtes anwendbar, aus demselben Grunde wie § 138 Abs. 2 BGB. (s. auch oben Ziff. 3 zu § 138 a. E.). Derselben Ansicht Planck, Anm. 10 zu Art. 170, Scherer 147 (Nr. 188), OLG. Hamburg, DJZ. **00** 235, R. **00** 174. A. M. Neumann (3) 1457, OLG. Kassel, DJZ. **00** 304 (dieses, wenn die Vertragsstrafe vor dem 1. 1. 00 verwirkt war), OLG. Karlsruhe, R. **01** 468, Breslau, R. **02** 21, Frankfurt a. M., R. **02** 208.

l) Die Aufrechnung bestimmt sich, sowohl in Ansehung der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit, als der Art ihrer Vornahme und ihrer Wirkungen, von dem Inkrafttreten des BGB. an nach dessen Vorschriften. Dies aber doch nur insoweit, als sich nicht aus der allgemeinen Regel des Art. 170 eine Abweichung ergiebt. Eine solche aber liegt vor, wenn nach dem früheren Rechte gegen einen Anspruch, z. B. aus dem Verwahrungsvertrage, nicht aufgerechnet werden konnte. Dieser Anspruch ist alsdann mit dem Ausschlusse der Gegenüberstellung einer Gegenforderung in das neue Recht übergegangen. **RG. 50** 38, JW. **02** 68, DJZ. **02** 92, R. **02** 151.

Ueber die Frage, ob gegen die Forderung aus einem unter dem alten Rechte begründeten Schuldverhältniß auch nach dem 1. 1. 00 Aufrechnung zulässig ist, s. Rospatt, R. **00** 513, OLG. **1** 138 (KG.), **2** 344 (Königsberg), JW. **01** 3.

m) Die Abtretung der einer Hypothek zu Grunde liegenden persönlichen Schuldforderung ist, wenn sie vor dem 1. 1. 00 erfolgt ist, auch nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen; dasselbe gilt von den Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegen eine vor dem 1. 1. 00 eingetragene und abgetretene Hypothek. **RG.** JW. **01** 181; **RG. 47** 229; JW. **01** 202.

11. Einzelne Schuldverhältnisse (soweit nicht Artt. 171—179 in Betracht kommen):

a) Aus Verträgen: Die vor dem 1. 1. 00 begründete Heirathsprovisionsforderung behält ihre Klagbarkeit. KGBl. **00** 19 (KG.); OLG. Celle, R. **00** 306; **RG. 46** 153, 177 ff., JW. **00** 637 f., R. **00** 461. Nach Habicht, Einw. (3) 185 gilt dies, wenn der Vertrag vor dem 1. 1. 00 geschlossen ist, selbst dann, wenn der Makler erst nach dem 1. 1. 00 thätig geworden oder die Ehe erst nach diesem Zeitpunkte geschlossen worden ist. Ebenso Scherer 146 (Nr. 185), Nöldeke, DJZ. **99** 151 ff.

Eine vor dem 1. 1. 00 errichtete Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist nach altem Rechte zu beurtheilen. OLG. Dresden, SächsA. **12** 762 ff., OLG. **6** 445. Vgl. **RG.** JW. **02** Beil. 225, R. **02** 325 (zu Art. 163).

§ 723 BGB. (Kündigung der Gesellschaft) ist auch auf die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Gesellschaften anzuwenden. OLG. **6** 445 (Kiel).

b) Aus unerlaubten Handlungen: Wenn eine unerlaubte Handlung (z. B. Verletzung baupolizeilicher Vorschriften) zwar vor dem Inkrafttreten des BGB. begangen, der schädliche, ein Schuldverhältniß erzeugende Erfolg aber erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist, so ist das neue Recht anwendbar. Hingegen findet das frühere Recht Anwendung, wenn Handlung oder Unter=

lassung schon an sich eine Rechtsverletzung des Beschädigten begründen, wie z. B. Ertheilung eines falschen Rathes, vorzeitige Löschung einer Hypothek, so daß der Erfolg nur die Tragweite der Schädigung bestimmt. **RG.** JW. **02** Beil. 11, 261.

Art. 170 ist auch anzuwenden auf Ansprüche auf Schadensersatz, die aus dem Eigenthum entspringen, auf Ersatz von Aufwendungen, auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und auf Zurückbehaltungsrechte für solche Ansprüche. **RG. 46** 143; JW. **00** 561; DJZ. **00** 461; JW. **01** 237; R. **01** 261 (— von Bedeutung für BadLR. 555 Abs. 3 Satz 2); JW. **01** 50, 72.

Soweit nach § 817 BGB. die Rückforderung ausgeschlossen ist, greift diese Bestimmung auch bei Schuldverhältnissen Platz, die vor 1. 1. 1900 abgeschlossen sind. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **26** 419; R. **01** 355.

Das Schuldverhältniß aus einer vor dem 1. Januar 1900 verursachten widerrechtlichen Beschädigung unterliegt nach Art. 170 EG. z. BGB den bis dahin gültigen Gesetzen; § 906 BGB. kann daher auf den Schadensersatzanspruch wegen störenden Fabrikbetriebs des Nachbarn für die Zeit vor 1900 nicht Anwendung finden. **RG.** R. **01** 175.

c) Schuldverhältnisse familienrechtlichen Ursprunges: Die vermögensrechtlichen Wirkungen einer vor dem 1. Januar 1900 nach preußischem Rechte ausgesprochenen Ehescheidung sind nach diesem zu beurtheilen. Die Ansprüche des unschuldigen Theiles sind nach preußischem Rechte Entschädigungsansprüche und begründen ein Schuldverhältniß im Sinne des Art. 170 (vgl. zu § 1581 BGB.). **RG.** JW. **01** 2.

Das Erbrecht des Adoptivkindes ist kein Schuldverhältniß, auch wenn das Erbrecht den Adoptionsvertrag zur Grundlage hat. OLG. **5** 353 (Jena).

Der Anspruch der an der Scheidung unschuldigen geschiedenen Ehefrau auf Abfindung oder Unterhalt ist ein obligatorischer und nach altem Rechte zu beurtheilen, selbst wenn die Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschieden, das Urtheil aber erst nachher rechtskräftig geworden ist. OLG. **2** 159 (KG.); R. **01** 207; OLG. **3** 240 (Dresden).

Maßgebend ist allein der Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurtheils. **RG.** JW. **02** 226, 227; R. **02** 325.

Dasselbe gilt nach OLG. Frankfurt a/M., R. **00** 373 für einen vor dem 1. Januar 1900 begründeten, aber erst nach dem 1. Januar 1900 zur gerichtlichen Entscheidung kommenden Anspruch der Braut auf Ehelichung oder Entschädigung.

Ein vor dem 1. Januar 1900 entstandener Anspruch aus Defloration kann, da er ein Schuldverhältniß im Sinne des Art. 170 EG. z. BGB. begründet, auch nach dem 1. Januar 1900 geltend gemacht werden, obwohl ihn das BGB. nicht kennt. **RG. 49** 206, 207; OLG. **1** 32, 33 (Hamburg); vgl. HansGerZ. **00** Beil. 122 ff., 127; R. **00** 516.

Nach LG. Mainz, HessRspr. **00** 20; LG. Frankfurt a/M., Frankf. Rundsch. **34** 98 ff.; R. **00** 516 sind Unterhaltsansprüche für die Zeit vor dem 1. Januar 1900 auch nach diesem Zeitpunkte nach altem Rechte zu beurtheilen. Erkennt aber das neue Recht eine Unterhaltspflicht überhaupt nicht mehr an, so können sie auch nach dem 1. Januar 1900 nicht erhoben werden. OLG. **1** 146, 148, 156 a. E. (Darmstadt, Königsberg, Posen).

Die Verpflichtung des geschiedenen Ehemanns nach früherem Rechte, daß zum Zwecke der Auseinandersetzung mit seiner früheren Ehefrau über das gemeinschaftliche Vermögen der bisherigen Ehegatten von ihm zu legende Inventar

eidlich zu erhärten, besteht auch nach neuem Rechte unverändert fort. §§ 260 ff. BGB. haben hierin nichts geändert. OLG. Frankfurt, R. 02 127.

Dasselbe gilt nach BayrObLG., R. 02 589 für die entsprechende Verpflichtung des überlebenden Ehegatten in Betreff des Bestandes des Nachlasses des Verstorbenen.

Nach dem 1. Januar 1900 ist die Klage auf Eingehung einer Ehe nicht mehr zulässig. Damit ist auch der Anspruch auf Entschädigung wegen Nichteingehung der Ehe hinfällig, weil dieser Anspruch dadurch entsteht, daß der Erfüllung des Urtheils auf Eheschließung fortgesetzt Widerstand entgegengesetzt wird. OLG. Frankfurt a/M., Rundsch. **34** 198 ff.; R. **01** 232.; vgl. u. Ziff. 1 b zu Art. 198 EG.

Art. 171. 1. a) Nach Fränkel, DJZ. **98** 96 und Stadthagen das. 185 f. wird die Geltungsdauer der am 1. Januar 1900 bestehenden Mieth-, Pacht- oder Dienstverhältnisse durch das Inkrafttreten des BGB. nicht beeinflußt.

Für die am 1. Januar 1900 bestehenden Mieth-, Pacht- oder Dienstverhältnisse sind bis zu dem Zeitpunkte, zu dem sie aufgekündigt werden können, die Bestimmungen des bisherigen Rechtes zur Beurtheilung des gesammten Vertragsverhältnisses maßgebend. Stadthagen a. a. O. gegen Fränkel a. a. O.

Im Art. 171 kommt keineswegs nur die „gesetzliche Kündigungsfrist“ in Betracht. Stadthagen gegen Fränkel a. a. O.

b) Es kommt zunächst darauf an, ob und wann das Vertragsverhältniß nach Vereinbarung der Parteien gekündigt werden kann. Ist keine Kündigung möglich, so untersteht der Vertrag bis zu seinem Ende dem bisherigen Rechte. Ist eine Kündigung möglich, so ist die erste Kündigungsmöglichkeit zu benutzen und dadurch das Ende des Vertrags herbeizuführen. Unterbleibt die Kündigung, so untersteht der Vertrag von dem Zeitpunkt an, zu welchem gekündigt werden konnte, dem neuen Rechte. Haben die Parteien keine oder keine ausreichenden Bestimmungen getroffen, so treten die bisherigen Gesetze ergänzend ein. Die Kündigung muß dann zu dem ersten gesetzlich möglichen Termin erfolgen, widrigenfalls der Vertrag von diesem Tage ab dem neuen Rechte unterstellt ist. Schumacher, A.bürgR. **15** 258 ff.

c) α. Die von dem kritischen Termin ab geltenden Vorschriften des BGB. finden nur ersatzweise, nur insoweit, als nicht Vertragsbestimmungen vorhanden sind, Anwendung. Alle Vereinbarungen — über Zahlungszeit, Kündigungsfristen, Gründe zur außerordentlichen Kündigung, Untermiethe u. A. — bleiben, wenn sie nicht im Widerspruche mit zwingenden Bestimmungen des BGB. stehen, unverändert in Wirksamkeit. Zimmmermann, Seuff. Bl. **65** 57 ff.; so auch LG. Dresden, R. **01** 234.

β. Zimmermann schließt sich für den Fall der Vereinbarung ungleichartiger Kündigungsfristen Habichts Meinung (3) 278 ff. an, daß der erste Termin im Sinne des Art. 171 derjenige ist, für welchen beide Theile erstmals kündigen können. Gegen Habicht erachtet er aber die Vorschrift des § 567 BGB. als zwingend und daher schon vor Eintritt des kritischen Termins wirksam, jedoch rechnet er die dreißigjährige Dauer erst vom 1. 1. 1900 ab. Das Vermietherpfandrecht will er als ein mit dem Miethverhältnisse gesetzlich verknüpftes dingliches Recht schon vom 1. 1. 1900 ab gelten lassen, auch wenn das noch maßgebende alte Recht nur ein Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers kennt.

γ. Gegen diese Ansichten wendet sich zum Theil Francke, R. **00** 274 ff. Er führt aus, daß Art. 171 auch auf das Pfandrecht des Vermiethers anwendbar ist. Dieses ist Zubehörstück des Miethverhältnisses und muß in dieser Beziehung den Rechtsschicksalen der Hauptsache folgen. Im Uebrigen aber bleibt das Pfandrecht des Vermiethers, das vor dem 1. 1. 1900 bestanden hat, nach Art. 184

bestehen. Es ist daher gegenstandslos, wenn Zimmermann untersucht, ob §§ 559 Abs. 3, 560—562, 563 BGB. auf Pfandrechte aus der Zeit vor 1900 anzuwenden sind.

δ. Ferner ist er entgegen der von Habicht vertretenen Auffassung der Meinung, daß für ein Mieth-, Pacht- oder Dienstverhältniß das BGB. gilt, wenn die eine Partei erst für einen späteren Zeitpunkt als die andere kündigen kann, und diese andere den ersten nach bisherigem Rechte für sie nach dem 1. 1. 1900 eingetretenen Kündigungstermin ohne Kündigung vorübergehen läßt.

2. Brückmann, Zum Verständnisse des Art. 171 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, SächsA. II 556 ff. beantwortet zunächst vom Standpunkte der herrschenden Ansicht (daß unter dem Ausdrucke „bisherigen Gesetzen" auch die zu Grunde liegenden Abreden, Vereinbarungen und Vertragsverhältnisse überhaupt zu verstehen seien) die Streitfrage, ob nur an das ordentliche willkürliche, nicht auch an das außerordentliche, bloß aus bestimmten Gründen eintretende Kündigungsrecht zu denken ist, dahin, daß jede Kündigung, sofern sie nur für einen Termin zulässig ist, maßgebend ist, sodann die weitere, welcher Termin der im Gesetze gemeinte „erste" sei, in dem Sinne, daß der überhaupt erste der kritische ist, daß nicht erforderlich ist, daß beiden Theilen die Kündigung offen gestanden hat. — Er bekämpft diese herrschende Ansicht und begründet als seine eigene: Der Art. 171 begreift unter der Wendung „nach den bisherigen Gesetzen" nur die gesetzlichen Kündigungsfristen des jeweilig in Betracht kommenden alten Rechtes, und zwar mit Ausschluß aller sich an den Eintritt besonderer Voraussetzungen knüpfenden Berechtigungen, das Vertragsverhältniß in gesetzlicher Frist aufzukündigen, — — also nur die normalen gesetzlichen Fristen. a) Hauptgrund ist für ihn, daß die Sätze Jura novit curia und Da mihi factum, dabo tibi jus von der herrschenden Lehre durchbrochen werden; Art. 171 ist eine Norm des öffentlichen Rechtes und der Parteidisposition entzogen; nach der herrschenden Ansicht können aber die Parteien dem Richter den Einblick in die thatsächlichen Verhältnisse, zu denen etwaige zu Grunde liegende Vertragsabreden gehören, verwehren, während nach der Brückmannschen Ansicht der Richter die gesetzlichen Fristen der bisherigen Gesetze eben als Recht zu kennen hat. — Unterstützend kommt hinzu: b) Die terminologischen Gründe der Gegner greifen nicht durch, insbesondere nicht der Hinweis auf die örtliche Nähe des Art. 170, denn dieser Artikel ist so ziemlich der einzige im Einführungsgesetz, der von Verträgen spricht, und ihm geht unmittelbar vorher der Art. 169, der zweifellos nur gesetzliche Fristen im Auge habe; außerdem findet sich die Wendung „für den ersten Termin . . . ., für den sie (die Kündigung) zulässig ist" insbesondere nur im Zusammenhange mit gesetzlichen Fristen (§§ 569 ff. BGB.). — c) Nach der herrschenden Lehre konnte Streit über den „ersten" Termin entstehen (s. o.), — aber die ordentlichen gesetzlichen Kündigungsfristen laufen für beide Theile gleichmäßig, und nach der Brückmannschen Meinung ist dann in der Regel der erste Termin beiden Theilen gleichzeitig gegeben. — d) Die Entstehungsgeschichte des Art. 170 lehrt, daß der Gesetzgeber durch eine einfache klare Regel Streitigkeiten und Zweifel von vornherein abschneiden und durchschneiden wollte, und zwar ohne Rücksicht auf bestehende Rechtsverhältnisse. — Der Art. 171 ist aber nach der ihm von der herrschenden Lehre gegebenen Auslegung gewiß nicht jene zweifelsfreie und alle Schwierigkeiten abschneidende Bestimmung, sondern hat im Gegentheil die größte Rechtsunsicherheit zur Folge.

3. Ueber das französische Recht: Scherer, Puchelts Z. 32 691: Bleibt die vertragsmäßige Kündigung eines altrechtlichen Miethvertrags auch dann in Kraft,

wenn er gemäß Art. 171 unter das neue Recht getreten ist? (Vertragsmäßige Resiliationsklausel).

4. a) Brückner, R. 00 113 ff. ist der Meinung, daß von den im rechts- und sozialpolitischen Interesse erlassenen zwingenden Vorschriften des BGB. auf die am 1. 1. 1900 bereits bestehenden Miethverhältnisse nur § 138 Abs. 2 (Nichtigkeit wucherlicher Rechtsgeschäfte) und § 567 BGB. [s. o. Ziff. 1 zu § 567] (Kündigungsrecht bei Miethverträgen, die auf länger als 30 Jahre geschlossen sind) sofort Anwendung finden, a. M. Habicht a. a. O. (3) 267 u. Anm. 2 und Planck 1283 Anm. 2b zu Art. 171, übereinstimmend Neumann (3) 1462, Mittelstein, Miethe 331, dagegen nicht §§ 540, 541 (Verzicht auf Gewährleistung von Mängeln, wenn der Vermiether sie arglistig verschweigt), § 544 [s. o. Ziff. 3 zu § 544] (Kündigungsrecht des Miethers bei Gesundheitsgefährlichkeit der Wohnung, a. M. Habicht a. a. O. 266 Anm. 3, Fuld a. a. O. 74, Neumann (3) 1462, Scherer 165 Nr. 223, Planck 283 Anm. 2b zu Art. 171), § 559 Satz 3 (Ausschluß der der Pfändung nicht unterworfenen Sachen des Miethers vom Pfandrechte des Vermiethers, ebenso Habicht a. a. O. 268, Mittelstein 330).

b) Nach OLG. 1 4 (Hamburg), DJZ. 00 364, R. 00 194 gilt die Vorschrift des § 559 BGB. über das Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers nicht für bestehende Miethverhältnisse schon vom 1. 1. 1900 ab. Uebereinstimmend OLG. Hamburg, R. 02 46 (s. o. Ziff. 3a zu § 559).

5. Rechtsprechung: Die Voraussetzung der Anwendung des neuen Rechtes ist ein beiden Kontrahenten in gleicher Weise zustehendes Kündigungsrecht. RG. NaumbAK. 02 10.

Ob dieses aber auf Vertrag oder Gesetz beruht, ist gleichgültig. LG. Hamburg, HansGerZ. 00 140.

Indem Art. 171 von Mieth-, Pacht- und Dienstverhältnissen spricht, giebt er zu erkennen, daß das ganze Rechtsverhältniß umfaßt sein soll, also nicht nur die Rechtsbeziehungen der Kontrahenten während des bestehenden Vertrags, sondern auch die sich aus dessen Auflösung ergebenden Ansprüche, insbesondere auch die Frage, wie das Pfandrecht des Vermiethers und Verpächters erlischt und wie lange es geltend gemacht werden kann. RG. JW. 01 645.

Die Frist des § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB. gilt nicht für ein unter dem alten Rechte begründetes Miethpfandrecht. Nicht Art. 171, sondern Art. 184 EG. z. BGB. berührt die dingliche Eigenschaft des Vermietherpfandrechts. OLG. 4 43 (Hamburg). (Näheres hierüber s. o. Ziff. 2 zu § 561).

Ein im Gebiete des ALR. vor dem 1. 1. 00 vereinbartes, nach diesem Tage begonnenes Miethverhältniß begründet kein dingliches Recht des Miethers. Zwar bleibt nach Art. 170 für ein Schuldverhältniß, das vor 1900 entstanden ist, das bisherige Recht maßgebend, diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf das persönliche Rechtsverhältniß der Vertragschließenden unter einander. Die Frage aber, ob ein am 1. 1. 00 noch nicht bestehendes dingliches Recht später gültig entstanden ist, ist nur nach den Vorschriften des BGB. zu entscheiden. OLG. 3 26 (KG.).

Das nach dem Rechte vor 1900, z. B. dem Sächs. BGB., bestandene Zurückbehaltungsrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers hat sich mit dem Inkrafttreten des BGB. in ein gesetzliches Pfandrecht verwandelt. OLG. Dresden, SächsA. 12 377 ff.; OLG. 5 31 (s. o. Ziff. 1f zu § 559).

Das nach altem Rechte bestehende Pfandrecht des Verpächters an dem Inventar des Pächters dauert auch nach dem 1. 1. 00 fort, wenn der Pachtvertrag gemäß Art. 170 nach altem Rechte zu beurtheilen ist. RG. 49 56 ff., DJZ. 01 533, 534.

Art. 171 findet auch auf Dienstverhältnisse Anwendung, die nach bisherigem Rechte mangels schriftlicher Abfassung des Dienstvertrags ohne Kündigung gelöst werden konnten. OLG. 5 32 ff. (Marienwerder); R. 02 436.

Die Abänderungen eines vor 1900 geschlossenen Miethvertrags nach dem 1. 1. 00 sind nach neuem Rechte zu beurtheilen. OLG. 5 31 (Königsberg).

Art. 171 findet auch auf Rechtsverhältnisse des Handelsrechts Anwendung. SächsOLG. **23** 505; R. **02** 532; Colmar das. 589, 590; auf Dienstverhältnisse der Handlungsgehülfen trotz des Inkrafttretens des Buch 1 Abschn. 6 HGB. mit dem 1. Januar 1898, doch erst vom 1. Januar 1900 an, weil er erst mit diesem Tage in Kraft getreten ist; vgl. Art. 1 Abs. 2 EG. z. HGB. v. 10. 5. 97. **RG. 48** 131; JW. **00** 591; **00** 854; **01** 379.

Art. 172. 1. Eine vor dem 1. Januar 1900 erfolgte Veräußerung bleibt von den Vorschriften des BGB. unberührt, auch wenn die sich aus der Veräußerung ergebenden Rechte erst nach diesem Zeitpunkte geltend gemacht werden. Bei den nach dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Vorausverfügungen des Vermiethers und Rechtsgeschäften zwischen dem Vermiether und Miether über den Miethzins sind für das Verhältniß des Grundstückserwerbers zu dem Dritten, zu dessen Gunsten die Verfügung stattfand, ohne Rücksicht auf den ersten zulässigen Kündigungstermin ausschließlich die Vorschriften des § 573 BGB. maßgebend. Im Verhältnisse zum Miether gelten bei Veräußerung vor dem kritischen Kündigungstermine bedingungslos die dem Miether günstigeren Bestimmungen des alten Rechtes. Das durch die Veräußerung sich ergebende Verhältniß zwischen Vermiether und Miether wird durch Art. 172 in keiner Weise berührt, wenn die Veräußerung noch vor dem kritischen Termin erfolgt. Zimmermann, Seuff. Bl. **65** 62 ff.; zum Theil gegen Habicht, Einwirkung (3) 282 ff.

2. Art. 172 Satz 2 kommt in Betracht, wenn die Veräußerung und Belastung zwischen dem 1. Januar 1900 und dem ersten zulässigen Kündigungstermine geschehen ist, für die Zeit von dem Tage der Veräußerung oder Belastung an bis zu diesem Termine. Katzenstein, Erl. Diss. 1899 „Kauf bricht nicht Miethe" 83.

3. Die Vorschrift des Art. 172 bezieht sich nicht auf Zwangsversteigerungen oder Verkäufe durch den Konkursverwalter. Jaeger, Komm. z. KO. § 21 Anm. 26.

Art. 172 ist nicht anwendbar auf den Fall einer Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung, weil in diesem Falle nicht die Vorschriften des BGB., sondern des § 57 RZVG. zur Anwendung gelangen. RG. JW. **01** 238; R. **01** 261; OLG. Dresden, SächsA. **11** 759; R. **02** 210.

4. Maenner, R. **00** 385 ff. Die Gemeinschaften des französischen Rechtes sind nicht sämmtlich Gemeinschaften zur gesammten Hand. Aus Art. 883 code civil ergiebt sich die Bedingtheit der von einem Theilhaber begründeten Rechte, nicht ein System der gesammten Hand.

Die Grundsätze der gesammten Hand finden sich im französischen Rechte nur bei der Erbengemeinschaft und bei der ehelichen Gütergemeinschaft. In beiden Beziehungen machen die Bestimmungen der Artt. 213 und 200 EG. z. BGB. die Frage, ob Bruchtheilsgemeinschaft oder Gemeinschaft zur gesammten Hand anzunehmen ist, gegenstandslos.

Art. 213 wird nicht durch Art. 173 beschränkt. Maenner, das. 387 ff. Art. 173 regelt, indem er eine Ausnahme von dem Grundsatze des Art. 170 festsetzt, nur obligatorische Beziehungen. Für dingliche Rechte sind die Artt. 181 ff. maßgebend (389).

Nach OLG. Darmstadt, Puchelts Z. **32** 413, R. **01** 540 findet das neue Recht vom 1. Januar 1900 an auf die gewöhnlichen Gemeinschaften des französischen Rechtes Anwendung.

Art. 175. Dieser Artikel bezieht sich auch auf solche Nebenpapiere, die zu einem unter altem Rechte ausgegebenen Namenpapiere gehören. Ritter, Allg. Lehren 154.

Art. 176. Diese Bestimmung ist nicht anzuwenden auf die Außerkurssetzung von Sparkassenbüchern, da diese nicht Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind. Die Außerkurssetzung der Sparkassenbücher enthält nur eine Verfügungsbeschränkung und ist durch Art. 168 aufrecht erhalten. Keller, DJZ. **99** 109 f.

Nach Nußbaum, DJZ. **99** 414 ist Art. 75 § 2 Pr. AG. z. BGB. mit Art. 176 nicht vereinbar.

Art. 179 (s. auch zu Artt. 184, 192). Die Streitfrage, ob das mit einem antichretischen (Nutzungs-)Pfandrechte bisher verbunden gewesene Recht auf den Besitz und den Genuß der Früchte der Pfandsache nach 1. 1. 1900 fortdauert, beantworten Habicht (3) 516 und Niedner 408 dahin, daß dies Recht von der Grundbuchanlegung an fortfällt, da das BGB. eine Antichrese bei der Hypothek und Grundschuld nicht zuläßt. A. M. Planck, Anm. 1 zu Art. 192, der behauptet, daß das antichretische Recht unter Art. 184 fällt und als selbständiges dingliches, neben dem Pfandrechte stehendes Recht in Kraft bleibt. Ebenso RG. **47** 56 ff., JW. **00** 821, **01** 273, OLG. Naumburg, R. **01** 175, OLG. **1** 261 (KG.), DJZ. **00** 233, 323, KGBl. **00** 69, R. **00** 517.

Habicht a. a. O. Anm. 2, Freudenthal, DJZ. **00** 162, 270 sind der Meinung, daß vom 1. 1. 1900 ab die Antichrese, selbst wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, ihre dingliche Wirkung verliert und nur noch ihre obligatorische gegen den Schuldner, welcher die Antichrese bestellt hat, bestehen bleibt. Dagegen Wilde, DJZ. **00** 204, der meint, daß die Antichrese kein Pfandrecht im Sinne des Art. 192 EG. und nach dem 1. 1. 1900 nicht wie eine Hypothek des BGB. zu behandeln sei, sondern nach Art. 179 EG. ihre frühere Rechtsstellung behalte.

Art. 180. Der gerichtliche Schutz gegen Besitzdelikte, deren Thatbestand Handlungen sind, die vor dem 1. 1. 1900 liegen, richtet sich in materieller Beziehung nach bisherigem Rechte. RG. **50** 8 ff., JW. **01** 830 (s. u. zu Art. 191).

Entgegen der Ansicht von Habicht, Einwirkung (3) 402 ff., 405, daß sich der Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen, die unter altem Rechte geschehen sind, nach diesem bestimme, weil hierfür nur die rein obligatorische Seite des Innehabens einer fremden Sache in Betracht komme, nimmt das OLG. Posen (OLG. **4** 336) an, daß durch die Verwendung allein für den Eigenthümer wohlerworbene Rechte und, solange das Besitzverhältniß dauert, auch obligatorische Beziehungen nicht entstanden sind. Dies geschieht erst mit dem gemäß Art. 180 nach neuem Rechte zu beurtheilenden Aufhören des Besitzverhältnisses. (Näheres s. noch o. zu §§ 989, 990).

Nur die Thatsachen der Begründung eines Besitz- und Eigenthumsverhältnisses vor dem 1. Januar 1900 sind nach altem Rechte zu beurtheilen, seine Wirkungen nach neuem. OLG. Dresden, Sächs. A. **11** 484.

Nur soweit in einem vor dem Inkrafttreten des BGB. anhängig gewordenen Rechtsstreite wegen Besitzstörung ein künftiger Besitzschutz erstrebt wird, findet das BGB. Anwendung, für die Beurtheilung früherer Störungen, sowohl ihres Vorliegens als auch ihrer Rechtsfolgen, dagegen das alte Recht. LG. Colmar, R. **00** 152.

Art. 181. 1. Ueber Niedner, R. **00** 183 ff., s. o. zu §§ 989, 990.

2. Abs. 2 läßt erworbene Eigenthumsrechte bestehen, die mit den Vorschriften des neuen Rechtes über Eigenthum und Miteigenthum nicht übereinstimmen. Er bezieht sich nicht auf die Verhältnisse der Realgemeinden und ähnlicher Ver-

bände; hierfür ist in Art. 164 eine besondere Bestimmung getroffen. Die Fälle der indivision forcée des französischen Rechtes wären als eigenthümlich geartetes Miteigenthum — Aufhebung der Gemeinschaft kann nicht verlangt werden — zu behandeln; dadurch aber, daß landesgesetzlich die indivision forcée zu gewöhnlichem, mit Grunddienstbarkeiten belastetem Miteigenthum gestaltet worden ist, sind diese Rechtsverhältnisse den Bestimmungen des BGB. über das Bruchtheilseigenthum und der Vorschrift des Art. 184 EG. unterstellt worden. Für das französische Recht, bei dem nur die Erbengemeinschaft und die eheliche Gütergemeinschaft nicht als Bruchtheilsgemeinschaft erscheinen, ist, weil für die Erbengemeinschaft und für die eheliche Gütergemeinschaft in den Artt. 213 und 200 EG Sondervorschriften gegeben sind, Art. 181 Abs. 2 in seiner ersten Hälfte von geringer Bedeutung. Wo nach altem Rechte das Eigenthum an Einzelsachen nach Quoten bestimmt war, kommt Abs. 1 zur Anwendung. Das bestehende Stockwerkseigenthum des französischen Rechtes (code civil art. 664) ist in Art. 182 aufrecht erhalten. Maenner, R. 00 410, 411. Ueber die indivision forcée s. Habicht (3) 411 Anm. 1 (gegen Maenner).

3. Habicht (3) 397 führt aus, daß die Bestimmungen des BGB. über den Ueberbau (§§ 912—916) auch dann gelten, wenn der Ueberbau schon vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, wenn er nur an diesem Tage noch stand, selbst einem rechtskräftigen, die Beseitigung des Ueberbaues aussprechenden Urtheil gegenüber und sofern nicht der Ueberbau bereits zum Eigenthumserwerbe des Bauenden an Grund und Boden geführt hat. (Näheres s. o. Ziff. 17 zu § 912.)

Desgleichen Planck, Anm. 4ba zu Art. 181 (303); Niedner, Anm. 4b zu Art. 181 (367); Wolff, Bau auf fremdem Boden (Jena 1900) 189; RG. 46 143 ff., 48 265 ff.; JW. 00 561; OLG. 1 232 (KG.); RG. BadRpr. 01 67, R. 01 261; OLG. Köln, R. 02 72 (das ausführt, daß auf Ansprüche aus dem Ueberbau Art. 170 EG. z. BGB. nicht anzuwenden ist). A. M. Dernburg, Bürgerliches Recht (2) 238, § 83; Fuchs, Gruchots Beitr. 44 21; Neumann (3) 1467 Anm. 2; OLG. Hamburg, HansGerZ. 00 Beibl. 205; R. 01 261; OLG. Celle, R. 00 283.

4. Ueber § 935 in der Uebergangszeit und sein Verhältniß zu Art. 181 s. o. Ziff. 5 zu § 935.

5. a) Rechtsprechung: Art. 181 regelt, inwieweit für Rechtsverhältnisse, die vor dem 1. 1. 1900 entstanden sind, das ältere oder das neue Recht maßgebend ist, und bestimmt, daß Inhalt und Wirkungen bestehenden Eigenthumsrechts nach neuem Rechte zu beurtheilen sind, aber nichts darüber, ob Vorgänge, die vor dem 1. 1. 1900 liegen, Eigenthum begründen können. RG. JW. 01 39.

b) Wer sich eines servitutischen Rechtes vor dem Inkrafttreten des BGB. zu Unrecht berühmte, hat damit Anlaß zur Klage gegeben; die Berechtigung der Klage wird nicht dadurch beseitigt, daß diese Berühmung zwar nach dem früheren Rechte, nicht aber nach dem kraft der Uebergangsvorschrift inzwischen anwendbar gewordenen Rechte des BGB. (§ 1004 Abs. 1: Besorgniß weiterer Störungen) zur Klage berechtigte. RG. JW. 01 293.

c) Die Frage, ob Eigenthum an einer Sache besteht, bestimmt sich nach dem zur Zeit ihres Erwerbes geltenden Rechte. Der Verkäufer von Badeeinrichtungen, die mit dem Hause des Käufers verbunden sind, kann sich Gläubigern des Käufers im Zwangsversteigerungsverfahren gegenüber nicht auf einen suspensiven Eigenthumsvorbehalt daran im Sinne des § 455 BGB. und nicht auf §§ 93—95 BGB. berufen, wenn festgestellt ist, daß er sein Eigenthum schon nach den Bestimmungen des alten Rechtes verloren hatte. RG. R. 01 16.

d) Auf die actio negatoria gegen Immissionen von Rauch, Ruß u. A. ist vom 1. 1. 1900 ab der § 906 BGB. anzuwenden, auch wenn die Klage schon

vor diesem Zeitpunkt erhoben ist, desgleichen § 1004 BGB. **RG.** R. **01** 17; JW. **00** 890; Gruchots Beitr. **44** 1097; R. **01** 19 (vgl. o. Ziff. 10 zu § 906).

e) Art. 181 ist für die Frage, ob Eigenthum durch eine vor dem 1. 1. 1900 liegende Thatsache erworben ist, nicht entscheidend. **RG.** JW. **00** 777.

f) Wird Zurückbringung von Zubehörstücken (Vieh) auf ein verpfändetes Landgut gefordert, so ist die Zubehöreigenschaft nach dem zur Zeit ihres Verkaufs und ihrer Wegschaffung geltenden Rechte zu beurtheilen. **RG.** R **01** 16.

g) Ein auf das im Grundbuch eingetragene Eigenthum des Klägers gestützter Anspruch ist, sofern darüber nach dem 1. 1. 1900 entschieden wird, gemäß Art. 181 auch dann nach den Vorschriften des BGB. zu beurtheilen, wenn die Klage vor dem 1. 1. 1900 erhoben worden ist. **RG.** R. **00** 440.

h) Der Anspruch auf Auflassung gegen den grundbuchmäßigen Eigenthümer kann nicht von demjenigen erhoben werden, dem vom Eigenthümer der Eigenthumsanspruch abgetreten ist. Die Klage ist auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs zu richten. OLG. Kiel, Schlesw. Holst. Anz. **00** 312; R. **00** 517.

i) Bei dem Miteigenthum an einem Grundstücke nach Bruchtheilen ist die Auflassung des Antheils nur zulässig, wenn dessen Größe aus dem Grundbuche hervorgeht. Dies gilt auch für das Miteigenthum des älteren Rechtes, das nach dem BGB. zu beurtheilen ist. KGJ. **21** A 110; R. **01** 261 (s. o. zu § 742).

k) In einer gemeinschaftlichen, vor 1900 im Gebiete des französischen Rechtes errichteten Mauer können auch jetzt noch Nischen angebracht werden, soweit das Mitbenutzungsrecht des Nachbarn dadurch nicht beeinträchtigt wird. OLG. **4** 294 (Zweibrücken).

l) Ein vor dem 1. 1. 1900 begründetes Kellereigenthum ist, wenn es sich nicht als Grunddienstbarkeit darstellt, nach dem 1. 1. 1900 in ein Erbbaurecht übergegangen. OLG. Darmstadt, HessRspr. **3** 33, R. **02** 373.

Art. 182. Schühle, WürttZFrG. **02** 71: Vom Stockwerkseigenthum in Württemberg.

Ueber das französische Recht vgl. o. Ziff. 2 zu Art. 181.

Art. 184. a) Nach französischem Rechte sind die von einem Miteigenthümer herrührenden Belastungen der gemeinschaftlichen Sache oder des dem Miteigenthümer zustehenden Antheils aufschiebend bedingt; sie werden nur wirksam, wenn der Miteigenthümer bei der Auseinandersetzung das Alleineigenthum erwirbt. Diese nach altem Rechte begründeten begrenzten Rechte gehen als bedingte Rechte in das neue Recht über. Die Bedingung bedarf wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der Eintragung. Um zu ermessen, welcher Inhalt und Rang den vor dem 1. Januar 1900 begründeten Rechten zukommt, bedarf es nur der Feststellung, welchen Inhalt und Rang sie am 31. Dezember 1899 hatten und am 1. Januar 1900 ohne das Inkrafttreten des BGB. gehabt hätten. Maenner, R. **00** 411.

b) Die Vorschrift des Art. 184 Satz 1 betrifft nicht nur die vom BGB. aufgenommenen begrenzten Rechte, sondern auch andere Rechtspositionen dinglichen Charakters. Es wird sich deswegen das sogenannte widerrufliche (auflösend bedingte) Eigenthum an Grundstücken nach Art. 184 beurtheilen lassen, wenn es auch fraglich erscheint, ob nicht die Bestimmung des Art. 181 Abs. 1 Platz zu greifen hat. In den Rechtsgebieten, wo der auflösenden Bedingung des bisherigen Rechtes die dingliche Wirkung genommen ist, ist die Frage, ob die Beurtheilung nach Art. 184 oder nach Art. 181 zu erfolgen hat, gegenstandslos. Maenner, R. **00** 428, 429.

2. Bollenbeck, Die preußischen Eigenthümerhypotheken in der Uebergangszeit R. **01** 369 ff. erörtert das Verhältniß des Art. 184 zu den Artt. 192—195 EG. (s. zu Art. 192); s. auch Habicht, das. 336 (bei Art. 192).

3. a) Rechtsprechung (s. auch zu Artt. 171, 179, 180, 181, 192—195): Rechte, mit denen Grundstücke nach Art. 184 belastet werden können, sind nur solche, die im Grundbuch eingetragen sind. Das vor dem 1. 1. 1900 nach ALR. durch bloße Uebergabe dinglich gewordene Nutzungspfandrecht ist durch Art. 184 nicht aufrecht erhalten und auch der zum Inhalt eines solchen Rechtes gehörende Anspruch auf Bewilligung der Eintragung fortgefallen. Auch eine Vormerkung zur Erhaltung dieses Rechtes kann den Anspruch auf Eintragung dieses Rechtes nicht erhalten. **RG. 48** 61 ff.; JW. **01** 273.

b) Die im früheren Rechte bestehende Eintragungspflicht wird durch das neue Recht nicht berührt, wenn die einzutragenden Rechte auch nach neuem Rechte eintragungsfähig sind. **RG.** JW. **01** 293; R. 01 286.

c) §§ 1026—1028 BGB. ändern nichts an § 30 I. 20 ALR. und an der Rechtsregel: tantum praescriptum quantum possessum (Umfang eines durch Ersitzung erworbenen Rechtes auf Wasserbezug aus einem Teiche). **RG.** R. **00** 374.

d) In Betreff des Erlöschens eines dinglichen Rechtes finden zwar die Vorschriften des neuen Rechtes Anwendung, aber nur soweit, als es sich um die Wirkung von Ereignissen handelt, die unabhängig von dem Inhalte des Rechtes von außen herantreten, nicht aber, wenn das Erlöschen oder Nichterlöschen sich aus dem Wesen des Rechtes ergiebt, z. B. im Fall des § 1252 BGB.. **RG.** JW. **02** 9; R. **02** 74.

Verleiht das neue Recht Sachen, die nach bisherigem Rechte nicht Zubehör eines Grundstücks waren, die Zubehöreigenschaft, so treten diese Sachen zwar mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes in die Haftung für die Hypothek ein, aber nur in dem Rechtszustand, in dem sie sich zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes befanden, also z. B. belastet mit einem Pfandrechte, das durch eine nach bisherigem Rechte zulässige Pfändung erworben ist. **RG. 46** 174; JW. **00** 641; **RG. 50** 72.

Nach OLG. **3** 296 (Stuttgart) bleiben Pfandrechte an beweglichen Sachen, die nach altem Rechte als Zubehör eines Grundstücks mit verpfändet worden sind, z. B. nach württembergischem Rechte das gesetzliche oder gewillkürte Zubehör, in Kraft, auch wenn die Sachen nicht Zubehör im Sinne des BGB. sind. In demselben Sinne: OLG. Stuttgart, Seuff. Bl. **01** 471; R. **02** 21.

e) Die für bestehende Forderungen auf Grund eines gesetzlichen Titels unter dem früheren Rechte erworbenen Hypotheken (z. B. die der Kinder an dem Grundvermögen des Vaters oder der Mutter wegen ihre Ansprüche aus der Verwaltung ihres mütterlichen oder väterlichen Vermögens nach früherem bayerischen Hypothekenrechte) sind durch Art. 203 EG. nicht aufgehoben, sondern bestehen geblieben und gelten von der Zeit an, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach Art. 192 EG. als Hypotheken des neuen Rechtes. BayrObLG. R. **01** 144; s. auch zu Art. 203.

f) Bei einem vor dem 1. 1. 00 wirksam gewordenen Nießbrauche bestimmt sich die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung des Nießbrauchers nach den bisherigen Gesetzen. OLG. Darmstadt, HessRspr. **2** 33; Puchelts Z. **32** 410.

Art. 187. 1. Rechtsprechung: Verlangt der Berechtigte die Eintragung einer vor dem 1. 1. 00 ohne Eintragung wirksam begründeten Grundgerechtigkeit, so kann der Berechtigte, falls der Verpflichtete der Eintragung der Gerechtigkeit widerspricht, die Eintragung eines Widerspruchs im Wege einstweiliger Verfügung beanspruchen. OLG. **4** 292 (Kiel); R. **02** 295.

2. Die vor dem 1. 1. 00 mit einer Wegegerechtigkeit verbundene Unterhaltungspflicht besteht auch jetzt ohne Eintragung fort. OLG. **4** 293 (Stettin).

Art. 189. 1. Die Streitfrage, nach welchem Rechte der Inhalt eines in der Zwischenzeit, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erworbenen Rechtes zu beurtheilen ist, wird von Planck Anm. 7 zu Artt. 189, (326) und Habicht (3) 460 zu Gunsten des alten Rechtes beantwortet wegen des Satzes der Motive zum EG. 271, daß die Beurtheilung des Rechtserwerbes nach altem Rechte auch mit Nothwendigkeit dahin führe, daß auch Inhalt und Umfang des erworbenen Rechtes, unbeschadet des Art. 110 Abs. 2 (jetzt Art. 189 Abs. 1 Satz 3) nach altem Rechte beurtheilt wird, von Niedner 395 und Neumann (3) 1471 verneint.

2. Ueber die Bildung gewillkürter Pertinenzen in Bayern in der Uebergangszeit s. LG. München, Seuff. Bl. **65** 460 (R. **01** 19), Manz das. 365.

3. Rechtsprechung: Nach OLG. **1** 95, CBlFrG. **1** 111 (Frankfurt a. M.) bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen (Kauf-, Tauschvertrag), nach § 313 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung auch dann, wenn das Grundbuch noch nicht angelegt ist. Uebereinstimmend Planck, Anm. 10 zu Artt. 189, (327, 328); Niedner 297; Scherer Nr. 252, (184); Habicht (3) 454 Anm. 3, 455 (s. hierüber auch zu § 313 [231]).

Dingliche Ansprüche aus dem Inhalte des Eigenthums (z. B. nach §§ 985, 1004 BGB.) fallen unter Art. 189 und sind, auch wenn sie vor dem 1. 1. 00 begründet waren, nach diesem Zeitpunkte nach den Vorschriften des BGB. zu beurtheilen, Ansprüche aus dem Eigenthume, die auf einem durch das Verhalten des Eigenthümers erzeugten persönlichen Schuldverhältnisse beruhen (z. B. auf Schadensersatz, Ersatz von Aufwendungen, ungerechtfertigter Bereicherung) nach Art. 170 EG. nach bisherigem Rechte. RG. JW. **00** 562; R. **00** 464.

Für Ansprüche aus einem Rechtsverhältnisse, das sich nach den Vorschriften des BGB. bestimmt (z. B. der Ehe), kann die Landesgesetzgebung weder einen gesetzlichen Hypothekentitel aufrecht erhalten, noch das Recht auf Bestellung einer Sicherungshypothek gewähren. BayrObLG., R. **01** 123.

Ein obligatorischer Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, einem Gelddarleiher eine Hypothek zu bestellen, ist auch in Bayern vor Anlegung des Grundbuchs als pactum de pignerando ohne gerichtliche oder notarielle Verlautbarung gültig. OLG. München, R. **01** 309 (vgl. das. 318 OLG. München über die Verlautbarung eines solchen Vertrags unter Kaufleuten).

Art. 191. 1. RG. **50** 11: Die Vorschriften in Artt. 180 und 191 Abs. 2 EG. z. BGB. sind in dem Sinne zu verstehen, daß der gerichtliche Schutz gegen Besitzdelikte, deren Thatbestand sich in Handlungen erschöpft, die vor dem 1. 1. 00 liegen, sich in materieller Beziehung nach bisherigem Rechte richtet. Soweit nach diesen Vorschriften das BGB. Anwendung oder entsprechende Anwendung finden soll, ist ein Thatbestand vorausgesetzt, der nicht bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes zum Abschlusse gelangt ist (s. o. Ziff. 2 zu § 864).

Art. 192. 1. Ist in dem Zeitpunkte, wo Art. 192 EG. eingreift, eine Hypothek für eine nicht entstandene Forderung, oder eine Kautionshypothek für eine schon wieder erloschene Forderung eingetragen, so finden die Artt. 192 bis 194 auf diese Eintragungen keine Anwendung. So Habicht (3) 496 u. Anm. 2; OLG. **1** 264, 452 (KG.); Niedner 405; Crusen-Müller, Pr. AG. z. BGB. 308 ff. A. M. Planck, 339, Anm. 3 zu Artt. 192, und dort zitierte RG. **48** 48 ff.; JW. **01** 239, das ausführt, nicht valutirte Hypotheken könnten, selbst wenn sie vor 1. 1. 00 eingetragen sind, nach § 1163 BGB. Eigenthümerhypotheken werden; ebenso OLG. **4** 194 ff. (Königsberg); für das sächsische Recht OLG. **1** 453 (Dresden). Dagegen ist Planck a. a. O. der Meinung, daß in Betreff der Kautionshypothek des älteren preußischen Rechtes anzunehmen sei, sie sei rechtlich

unwirksam, wenn im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung bereits feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, oder wenn entstanden, wieder getilgt ist; desgl. Dernburg, Sachenr. (2) 616 Anm. 3; OLG. Celle, Seuff. A. **56** . 75, 276; OLG. **2** 154ff. (KG.); KGJ. **21** A 150; **RG.** JW. **02** 250; über bayerisches und badisches Recht Planck a. a. O.

2. Bollenbeck, R. **01** 369ff. „Die preußischen Eigenthümerhypotheken in der Uebergangszeit" bekämpft in Uebereinstimmung mit Habicht (3) 497, Exkurs 777 die vom OLG. **2** 44 (KG.), KGJ. **21** A 161, RJA. **1** 162 ff., entgegen seiner früheren Entscheidung OLG. **1** 416, JMBl. **01** 35ff. aufgestellte Ansicht, daß die Eigenthümerhypothek des früheren preußischen Rechtes sich in eine Eigenthümerhypothek nach § 1177 Abs. 2 BGB. verwandele, und stellt (373) die Ansicht auf, daß von dem Zeitpunkt an, wo das Grundbuch als angelegt gilt, preußische Eigenthümerhypotheken, bei denen der Eigenthümer vor der Vereinigung von Hypothek und Eigenthum persönlicher Schuldner der Forderung war, als Eigenthümergrundschulden nach neuem Rechte (§ 1171 Abs. 1 BGB.) fortbestehen (vgl. OLG. **5** 392 [Posen]), dagegen solche, bei denen er vor dieser Vereinigung nur dinglich für die Forderung haftete, in Eigenthümerhypotheken des neuen Rechtes (§ 1171 Abs. 2 BGB.) umgewandelt werden. Vgl. auch Krebs, KGBl. **01** 5; a. M. Niedner 405, anscheinend auch Planck, Anm. 5 zu Art. 192.

3. Nach Habicht (3) 491, 505 und R. **01** 334ff. fallen Hypothekenvormerkungen aller Art, insbesondere auch die durch Zwangsvollstreckung oder Arrestausbringung eingetragenen, als bedingte Pfandrechte unter Art. 192 und werden mit dem Zeitpunkte des Art. 192 zu Buchhypotheken des BGB., ohne daß es einer Umschreibung bedarf. Ebenso KGJ. **20** A 314; a. M. Planck, Anm. 1d zu Art. 192; Neumann (3) 1475; OLG. **2** 402ff. (KG.); KGJ. **22** A 178; OLG. **4** 196 ff.

Das KG. ist der Meinung, daß Arrestvormerkungen unter Artt. 184, 179 und nicht unter Art. 192 fallen. Desgleichen **RG.** JW. **02** 249, das einen Anspruch auf Umschreibung in eine definitive Zwangshypothek giebt; s. auch Niedner 408 (wie Habicht); **RG. 49** 106ff.

4. a) Rechtsprechung: Die Vorschrift des Art. 192 kann nur auf das Pfandrecht selbst, nicht aber auf die Rechtsakte, durch die es begründet oder mit der zu Grunde liegenden Forderung weiter veräußert ist, bezogen werden. Daher ist eine Rückwirkung der §§ 892, 1138 BGB. auf Grund des Art. 192 ausgeschlossen. **RG. 47** 229; JW. **01** 202; R. **01** 177, 466.

b) Nach Art. 184 EG. bleiben Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens das BGB. belastet ist, mit dem sich aus dem bisherigen Gesetz ergebenden Inhalt und Range bestehen. Die in den Artt. 192 bis 195 daselbst für Hypotheken und Grundschulden gemachten Ausnahmen setzen voraus, daß das Grundbuch im Sinne des Art. 186 EG. bereits als angelegt anzusehen ist. Wo diese Voraussetzung noch nicht zutrifft, ist die Frage, was für die Hypothek haftet und insbesondere, welche Sachen Zubehöreigenschaft haben und welchen Einfluß die Einleitung der Zwangsversteigerung auf die Rechte der Hypothekengläubiger hat — § 1 EG. ZwVG. — nach altem Rechte zu beurtheilen. **RG.** R. **01** 207.

c) Das der Pfandrechtseintragung zu Grunde liegende persönliche Schuldverhältniß ist nach altem Recht zu beurtheilen. **RG.** JW. **02** Beil. 218; R. **02** 295.

d) Der Schutz des gutgläubigen Berechtigten bei den vor dem Inkrafttreten des BGB. und dem Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs entstandenen dinglichen Rechten kann nur nach altem Rechte beurtheilt werden. OLG. **5** 2 (KG.), **3** 139 (KG., Einwendungen gegen die Hypothekenklage sind nach früherem Rechte zu beurtheilen).

e) Eine Hypothek des preußischen Rechtes, die wegen Fehlens einer ihr zu Grunde liegenden Forderung rechtsunwirksam ist, wird mit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zu einer Eigenthümergrundschuld des BGB. (Turnau-Förster I 690 Nr. III; Stranz-Gerhard 217 ff.). Das Grundbuch ist unrichtig, insoweit ein Hypothekengläubiger, der keine Valuta gegeben hat, eingetragen ist. Dieser hat daher zur Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken. **RG. 48** 48 ff., R. **01** 122.

Auf Grund eines rechtskräftig zur Bezahlung einer durch eine Kautionshypothek des älteren Rechtes gesicherten Forderung verurtheilenden Erkenntnisses kann der Hypothekengläubiger vom Grundstückseigenthümer nicht die Einwilligung zur Umschreibung der Maximalhypothek in eine gewöhnliche Hypothek verlangen. Dies gilt auch für die unter der Herrschaft des früheren Rechtes eingetragenen Kautionshypotheken, die jetzt nach Art. 192 als Maximalhypotheken anzusehen sind. **RG. 49** 162 ff.; JW. **01** 863; R. **02** 44.

Die nicht valutirte, vor dem 1. Januar 1900 eingetragene Hypothek kann zur Eigenthümergrundschuld nur für den geworden sein, der beim Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts Eigenthümer des Grundstücks war. **RG.** JW. **02** Beil. 248; R. **02** 436.

Der Widerspruch des Hypothekengläubigers gegen ein unter altem Rechte von einem Dritten wirksam erworbenes Pfändungspfandrecht ist nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes über die Zubehöreigenschaft und über die Zulässigkeit der Pfändung von Zubehörstücken zu beurtheilen. **RG. 46** 174 (s. o. Ziff. 3 d zu Art. 184).

f) Inwieweit die wegen Bergschadens (§ 148 Pr. Bergg.) an den Eigenthümer des mit Hypotheken belasteten beschädigten Grundstücks zu zahlende Entschädigung für die Hypotheken haftet, richtet sich nach dem bei Entstehung des Schadens geltenden Rechte. OLG. **1** 328 (Hamm).

Art. 193. Bartsch, Hypothekenurkunden älteren Rechtes, CBlFrG. **2** 4 führt aus, daß der Hypothekenbrief bei der Buchhypothek durch dinglichen, in das Grundbuch eingetragenen Vertrag ausgeschlossen sei, daher bei älteren Hypotheken, die Buchhypotheken des BGB. geworden seien (Art. 192), die Urkunden keine grundbuchmäßige Bedeutung haben, sondern nur noch für das persönliche Schuldverhältniß in Betracht kommen, außerdem in neue Hypothekenbriefe umgewandelt werden können. Daher bedarf es bei Eintragungen, die bei den Hypotheken erfolgen, z. B. Abtretungen, Theillöschungen u. a., ihrer Vorlegung zum Vermerk der Eintragung nicht.

Aus der Praxis: Zur Umschreibung einer unter der Pr. GBO. (5. 5. 72) ohne Brief eingetragenen Hypothek ist nach dem 1. 1. 1900 weder die Bildung eines Hypothekenbriefs noch der Nachweis der Annahme der Abtretungserklärung erforderlich. OLG. **1** 415 (KG.).

Wenn auch die älteren Hypothekenbriefe vor der Zeit der Anlegung des Grundbuchs die rechtliche Bedeutung der Briefe des neuen Rechtes erlangt haben, so bleiben sie doch nach ihrer äußeren Beschaffenheit unverändert. Darum kann nur das frühere Recht darüber entscheiden, ob eine Urkunde, die der Verbriefung einer Hypothek zu dienen bestimmt ist, noch ferner als Hypothekenbrief angesehen werden kann. OLG. 4 82 (KG.).

Artt. 194, 195. S. zu Artt. 192, 193.

Art. 198. Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Rechte. 1900.

1. a) Habicht (3) 524 vertritt die Ansicht, daß, wenn ein vor dem 1. 1. 00 geschlossenes Verlöbniß wegen Mangels der gesetzlichen Form nach altem Rechte ungültig war, es doch nach dem BGB. als rechtswirksam gilt. Dagegen OLG. 2 133 (KG.).

b) Die Vorschrift des § 1297 Abs. 1 BGB., daß aus einem Verlöbnisse nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann, ist zwingendes Recht und auch auf die noch unter dem alten Rechte geschlossenen Verlöbnisse anzuwenden. Daraus folgt, daß auf Grund eines am 1. 1. 00 noch bestehenden und nachher aufgelösten Verlöbnisses Schadensersatzansprüche nur nach den Bestimmungen des BGB. §§ 1298—1300 und nicht nach altem Rechte geltend gemacht werden können, auch wenn die die Verpflichtung zum Schadensersatze begründenden Thatsachen, so die Aufwendungen, eingegangenen Verbindlichkeiten und die eheliche Beiwohnung sich vor dem 1. 1. 00 zugetragen haben. Habicht (3) 524, 525 Anm. 2 (dort weitere Literatur); Planck, Vorbem. zu Artt. 198—212, 349, 350; Stutz 83 ff.; Niedner 310 I, der ausführt, daß für die Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche im Falle des Verlöbnißbruchs nicht das Statut des Art. 170 EG. in dem Sinne eintreten kann, daß ein auch nach dem 1. 1. 00 erfolgter Verlöbnißbruch in seinen Wirkungen dem bisherigen Rechte zu unterstellen ist. Denn das Verlöbniß ist nach dem BGB. ein familienrechtliches Gebilde und die Klage auf Schadensersatz wegen Rücktritts ist aus dem Gesichtspunkt einer außerkontraktlichen Schadensersatzklage zu nehmen. Niedner will aber eine Ausnahme für den Fall zulassen, daß die Folgen des Rücktritts vom Verlöbnisse durch Vertrag geregelt sind und eine nach dem alten Rechte gültig vereinbarte Vertragsstrafe verlangt werden kann. Hiergegen s. OLG. **2** 134 (KG.). A. M. Neumann (3) 1477 (s. auch o. Ziff. 11 c zu Art. 170).

c) Ist das Verlöbniß schon vor dem 1. 1. 00 aufgelöst worden, so regeln sich die Wirkungen, ausgenommen die Verjährung der Ansprüche, gemäß Art. 169 nach altem Rechte. Auf Eingehung der Ehe kann aber auch in diesem Falle nicht mehr geklagt werden. So Planck a. a. O. 350; Habicht (3) 525, 526; OLG. Hamburg, Stuttgart, DJZ. **00** 236, 256; RG. JW. **00** 726, **01** 138, 384; OLG. **1** 30 ff., **2** 148 (Hamburg).; a. M. OLG. Frankfurt, Rundsch. **00** 86; R. **00** 373 (vgl. auch oben Ziff. 6 ff. zu § 1297).

2. Eine vor dem Inkrafttreten des BGB. eingegangene Ehe, die wegen formeller Mängel sowohl nach dem Personenstandsgesetze wie nach dem BGB. nichtig, aber in das Heirathsregister eingetragen ist, gilt, sofern die Ehegatten beim Inkrafttreten des BGB. noch zusammenlebten, bis zur Auflösung oder Nichtigkeitserklärung als Ehe im Sinne des § 1309 Abs. 1. Sartorius, Personenstandsgesetz 230.

3. Rechtsprechung: (s. auch o. Ziff. 4 a zu Art. 169.)

Auch die Ausschlußfrist für Anfechtung einer vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehe bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen, selbst wenn sie erst nach dem 1. 1. 00 in Lauf gesetzt worden ist; nur wenn die Frist des § 1599 BGB. früher ablaufen würde, ist unter den in Art. 198 Abs. 2 EG. z. BGB. angegebenen Voraussetzungen — im Interesse der Erhaltung der Ehe — die Frist des BGB. maßgebend. RG. JW. **01** 452.

Ein vor dem 1. 1. 00 begründetes Anfechtungsrecht behält seine Wirksamkeit auch nach diesem Zeitpunkte, sofern die Ehegatten seitdem getrennt gelebt haben. OLG. Hamburg, Hans.GerZ. **00** 109.

Nach Art. 198 Abs. 1 EG. sind für die Anfechtung einer Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend, und deshalb unterliegt der Beurtheilung nach diesen Gesetzen auch die Rechtswirksamkeit solcher Thatsachen, die geeignet wären, die ursprünglich anfechtbare Ehe zu einer gültigen zu gestalten. Eine derartige Thatsache bildet aber auch der Ablauf der gesetzlichen Ausschlußfrist. RG. **48** 157 ff.; DJZ. **01** 437.

Ist die Ungültigkeitsklage schon vor dem 1. 1. 00 erhoben, so ist Art. 198 Abs. 2 nicht anwendbar. RG. JW. **00** 725; R. **00** 517.

Art. 199. 1. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts führt 168—198 und Gruchots Beitr. **43** 305ff. aus: Art 199 findet keine Anwendung, soweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die vor dem 1. 1. 00 entstanden sind, und zwar unter dem Einflusse des damals geltenden persönlichen Eherechts ins Leben getreten waren, ihre Wirkung aber auf einem anderen Rechtsgebiet, als dem des persönlichen Eherechts entfaltet hatten. Die Gültigkeit und Wirksamkeit solcher Rechtsverhältnisse auch über den 1. 1. 00 hinaus kann nur nach den für das konkrete Rechtsgeschäft bestehenden Uebergangsbestimmungen beurtheilt werden. So z. B. hatte nach ALR. die Frau das Recht der Nothvertretung des Mannes (II. 1 §§ 202—204, 324—328), das den durch die Ehe begründeten persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten entsprang. Mit dem 1. 1. 00 fällt das Recht weg. Soweit aber die Frau in Ausübung der Nothvertretungsmacht vor dem 1. 1. 00 über Vermögenswerthe verfügt, oder den Mann in Schuldverbindlichkeiten verstrickt hat, bleiben nach Art. 170 diese Rechtsgeschäfte auch über den 1. 1. 00 hinaus gültig und wirksam (171, 172).

In den Anwendungsbereich des Art. 199 gehören: a) Die Normen über die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit ihren Folgesätzen: §§ 1726, 1746, 204, 1359, 1360, 1361 BGB. (gegenseitige Unterhaltspflicht). Altrechtlich gültige Verträge über die Unterhaltspflicht getrennt lebender Ehegatten verlieren, soweit sie mit den Festsetzungen des § 1361 in Widerspruch stehen, vom 1. 1. 00 ab ihre Wirksamkeit. Umgekehrt kommt es vom 1. 1. 00 ab auch in rechtshängigen Unterhaltsprozessen getrennt lebender Eheleute nicht mehr auf die vom bisherigen Rechte geforderte Feststellung richterlicher Gestattung des Getrenntlebens oder eines Verschuldens des in Anspruch genommenen Ehegatten an. Erweitert oder beschränkt das BGB. den altrechtlichen Umfang der Unterhaltspflicht, so kann die veränderte Rechtslage gemäß § 323 CPO. auch rechtskräftigen Urtheilen gegenüber zur Geltung gebracht werden, die vor dem 1. 1. 00 ergangen sind. Weitere Einzelheiten 173—179.

b) Die Normen, welche die persönliche Rechtsstellung des Mannes in der Organisation der ehelichen Lebensgemeinschaft festsetzen. §§ 1354, 1355, 1783, 1887 Abs. 2, 1358 BGB. (179, 180, 188, 189).

c) Die Normen über die persönliche Rechtsstellung der Frau und ihre Folgesätze: §§ 1356, 1357 BGB. Vom 1. 1. 00 ab richten sich bei der Schlüsselgewalt das innere Auftragsverhältniß, der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht, Beschränkung und Entziehung der Schlüsselgewalt, die Wirkungen dieser Maßnahmen Dritten gegenüber und die Möglichkeit einer Wiederaufhebung dieser Maßnahmen nach dem Rechte des BGB. Handelt es sich aber um die Frage, ob ein von der Frau vor dem 1. 1. 00 abgeschlossenes Rechtsgeschäft nach Inhalt und Umfang ihrer Schlüsselgewalt wirksam ist, so bleibt gemäß Art. 170 EG. das alte Recht maßgebend (180, 181).

d) Die Vermuthungen des § 1362 unterstehen dem Art. 199 nicht, weil § 1362 zu den Vorschriften nicht gezählt werden kann, welche die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander regeln. Anders die herrschende Meinung, s. Habicht (3) 535; Niedner (2) 421; Jacobi, Pers. Eherecht (2) 79; a. M. auch Planck, Anm. 1a zu Art. 199. Da sie aber als Gewährung eines Beweisvortheils nur eine Verstärkung des prozessualen Rechtsschutzes darstellen und deshalb dem Prozeßrecht angehören, finden sie vom 1. 1. 00 ab sofort und selbst in anhängigen Prozessen Anwendung. Weil jedoch die Vermuthungen des § 1361 in Beziehung zum Eigenthumserwerbe stehen, dieser aber, wenn vor dem 1. 1. 00 erfolgt, nach altem Rechte zu beurtheilen ist, findet § 1362 Anwendung nur in Betreff derjenigen Sachen, die erst nach dem 1. 1. 00 in den

Besitz eines der Ehegatten oder in den Mitbesitz Beider gelangt sind, während in Betreff derjenigen Sachen, die die Ehegatten bereits am 1. 1. 00 besaßen, Eingreifen, Voraussetzungen und Wirkungen der Eigenthumsvermuthungen nach altem Rechte beurtheilt werden müssen.

1. Uebereinstimmend hebt Erler a. a. O. § 26 Anm. 6 hervor, daß auch ein vor dem 1. 1. 00 geschlossener Vertrag über gegenseitige Gestattung des Getrenntlebens unverbindlich ist. Habicht (3) 533; OLG. **1** 134 (Jena). S. o. Ziff. 2a zu § 1354.

2. Rechtsprechung: a) Da Vereinbarungen der Ehegatten, wodurch das Recht des Ehemanns zur jeweiligen Bestimmung des Ehewohnsitzes beschränkt wird, nach BGB. rechtsunwirksam sind (vgl. oben zu § 1354 Note 2b), so verfallen dieser Rechtsunwirksamkeit vom 1. Januar 1900 ab auch solche vorher getroffenen Vereinbarungen, die nach bisherigem Rechte nicht unwirksam gewesen sind. **RG.** JW. **00** 778; R. **00** 490.

b) Die Schlüsselgewalt (§ 1357) ist Ausfluß der persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander, bestimmt sich also auch für die am 1. 1. 00 bestehenden Ehen nach BGB. OLG. Karlsruhe, BadRspr. **01** 210; OLG. **3** 113; R. **01** 386, 437.

c) Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander sind in Buch 4 Abschn. 1 Tit. 5 BGB. (§§ 1353—1362) behandelt. **RG. 46** 382; JW. **00** 601 (797), **01** 456.

d) Art. 199 bezieht sich nicht auf die Rechtsbeziehungen geschiedener Ehegatten zu einander (vgl. zu Art. 170). **RG.** JW. **01** 2; vgl. OLG. **3** 240 (Dresden).

e) Die Verpflichtung des Ehemanns, seiner Ehefrau in Eheprozessen einen Kostenvorschuß zu leisten, gehört nach § 1360 BGB. nicht zur persönlichen Unterhaltspflicht des Ehemanns, wie z. B. nach ALR. II. 1 §§ 187—191, Sächs. BGB. § 1680 und gemeinem Rechte. Sie erlischt daher in anhängigen Prozessen mit dem 1. 1. 00. OLG. Celle, R. **00** 152. (S. jedoch o. zu §§ 1387 u. s. w. Noten I—IV). Davon zu unterscheiden ist die Verpflichtung des Ehemanns, auf Grund des ehelichen Güterrechts der Ehefrau die Kosten des Rechtsstreits aus ihrem Eingebrachten vorzuschießen. Auf diese Verbindlichkeit ist Art. 200 EG. anzuwenden. Ist der Anspruch gegen die Frau schon vor dem 1. 1. 00 entstanden, so ist die Verpflichtung des Mannes zur Kostentragung nach altem Rechte zu beurtheilen. OLG. **1** 24 (Oldenburg); 30 (Naumburg); OLG. Zweibrücken, R. **00** 284; **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1120 ff.; JW. **00** 409, 432; JMBl. **00** 435; Habicht (3) 533 Anm. 3; Planck, Anm. 1a zu Art. 199 (355).

Nach gemeinem Rechte ist der Ehemann verpflichtet, der Frau die zur Führung des Ehescheidungsprozesses erforderlichen Geldmittel vorzuschießen, aber nur für die einzelne Instanz. Ist die Ehescheidungsklage in diesem Falle vor dem 1. Januar 1900 erhoben, die Berufung nach diesem Termin eingelegt, so ist für die Beurtheilung des Anspruchs der Ehefrau auf Kostenvorschuß für die Berufungsinstanz das neue Recht maßgebend. OLG. Celle, R. **00** 399.

f) Die Unterhaltspflicht gegen Ehefrau und eheliche Kinder richtet sich vom 1. 1. 00 ab nach BGB. Die Entschädigungspflicht des Unternehmers nach § 3 Haftpfl.G. gegen die Wittwe und Kinder eines durch einen Eisenbahnunfall Getödteten ist ein Surrogat für die Unterhaltspflicht, wie sich diese beim Fortleben des Getödteten selbst gestaltet hätte. Sie hätte sich aber nach Artt. 199 und 203 EG. gegenüber der Ehefrau und jetzigen Wittwe nach § 1360 Abs. 1, gegenüber den Kindern nach §§ 1601, 1602, 1610, 1631 BGB. gerichtet; folglich gelten diese gesetzlichen Bestimmungen seit 1. 1. 00 auch für den Inhalt der Haftpflichtentschädigung. OLG. Karlsruhe, DJZ. **01** 564.

Art. 200. Düringer: Das badische Gesetz betr. die Ueberleitung der ehelichen Güterstände 1902. — Habicht, Einwirkung (3) 552 ff. Weitere Literatur das. 552 Anm. 1. —

Lehmann, Die Ueberleitung des ehelichen Güterrechts durch die Ausführungsgesetze der deutschen Bundesstaaten, R. **00** 116 ff. — Löwenbach: Das westfälisch-provinzielle eheliche Güterrecht des Gesetzes vom 16. April 1860 in seiner Bedeutung für die am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen. Paderborn 1901. — Löwenbach, CBlFrG. 2 807: Nochmals westfälisches Güterrecht. — Meikel, Seuff. Bl. 02 131: Zwei Uebergangsfragen des gesetzlichen Güterstandes des bayerischen Landrechts. — Vgl. Müller, BadRspr. **02** 352. — Planck 356, 363.

I. Allgemeines.

1. „Bestehende" Ehe im Sinne des Art. 200 ist nach Maenner, R. **00** 388 jede vor dem 1. 1. 00 geschlossene Ehe, auch wenn sie durch Tod oder Scheidung aufgelöst ist.

2. Ueber die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau in den am 1. 1. 00 bestehenden Ehen bemerkt **Wieruszowski** a. a. O. 185—193: Nach Art. 200 Abs. 3 hat es allerdings den Anschein, als ob diese Vorschrift die maßgebende Bestimmung für alle die eheweibliche Geschäftsfähigkeit betreffenden Uebergangsnormen sei und den Art. 199 ausschließe. Allein Art. 200 behandelt die Geschäftsfähigkeit der Frau nur in Verbindung mit dem ehelichen Güterrecht und kann keine über die güterrechtliche Zweckbestimmung hinausreichende Tragweite beanspruchen. Nur diejenigen Beschränkungen, für die sich eine Zweckbeziehung zu den bestehenden Güterrechten nachweisen läßt, sollen nach Art. 200 Abs. 3 mit den bisherigen Güterständen bestehen bleiben. Alle Beschränkungen aber, die nur im personenrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten begründet und zu wirken bestimmt waren, unterliegen dem Art. 199 und fallen mit dem 1. Januar 1900 weg (Interzessionsverbote, ALR. II. 1 §§ 198—200). Diese Abgrenzung der Wirkungsbereiche der Artt. 199 und 200 Abs. 3 verliert aber einen großen Theil ihrer praktischen Bedeutung durch die Vorschrift, daß auch die in Art. 200 Abs. 3 bezeichneten altrechtlichen Beschränkungen der eheweiblichen Geschäftsfähigkeit nur so lange in Kraft bleiben sollen, als der bisherige Güterstand besteht. Denn es greifen hier die Ausführungsgesetze der Einzelstaaten ein, welche die alten Güterstände in die des BGB. überleiten.

3. Art. 7 des alten Handelsgesetzbuchs, der die Forderung ehemännlicher Einwilligung zum Erwerbe der Kaufmannseigenschaft für die Frau aufstellte, ist nicht als ein für den bisherigen Güterstand maßgebendes Gesetz anzusehen, so daß Art. 200 Abs. 3 EG. Anwendung fände. Vielmehr greift Art. 199 EG. ein und befreit auch die Frauen der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen von dem Erforderniß ehemännlicher Zustimmung zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft schlechthin. So gegen Staub, HGB. 37, 38 **Düringer-Hachenburg**, HGB. 11, 12; Stranz-Gerhard, Pr. AG. z. BGB. 275; **Lehmann**, Z. f. HR. **48** 46 ff. Zustimmend jetzt: Förtsch, R. **00** 345 ff.; **Habicht** (3) 551. Vgl. auch **Wieruszowski**, Gruchots Beitr. **43** 305 ff.; **Planck**, Anm. 6, 7 zu Art. 200.

II. Erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes.

1. Daß die Todtheilung bei den partikularrechtlichen gütergemeinschaftlichen Ehen eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes ist, wird gegen die Motive des Pr. AG. z. BGB. und Hodler bejaht von Zelter, Statutarische Gütererbrechte der Uebergangszeit in Preußen 1901 11 ff., Crusen und Müller, Komm. z. Pr. AG. z. BGB., OLG. 4 136 (Stettin), RG. JW. **03** Beil. 13. Für die Schichtung vor 1900 von Zelter auch aus dem Gesichtspunkte des Erbverzichts. Ebenso Scherer, CBlFrG. 3 215.

2. Die Verschiedenheit der Schichtquoten der Abkömmlinge in fortgesetzter Gütergemeinschaft in Schleswig-Holstein nach dem Geschlechte (der Sohn erhält das Doppelte des Tochterantheils) ist keine erbrechtliche Wirkung des Güter-

standes, ihre Aufrechterhaltung durch das Pr. AG. z. BGB. nach **Zelter** a. a. O. 35 unzulässig.

3. Gegen die Motive des Pr. AG. z. BGB. nimmt **Mathiessen**, Schlesw.-Holst. Anzeigen **00** 353 ff. an, daß das Recht des überlebenden gütergemeinschaftlichen Ehegatten auf die Hälfte des Gesammtguts in Schleswig-Holstein **keine** erbrechtliche Wirkung des Güterstandes sei, und deshalb überall, wo nach altem Rechte der Ueberlebende nur diese Hälfte erhalte, jetzt das BGB. **ohne** Wahl eintrete.

4. a) Streitig ist, ob die Befreiung des Leibzüchters von der Verpflichtung zur Inventarisation des Nachlasses bei der statutarrechtlichen Leibzucht in beerbter Ehe erbrechtliche Wirkung des Güterstandes und nach dem 1. 1. 00 bestehen geblieben oder als Theil des elterlichen Rechtes durch Art. 203 und § 1640 BGB. beseitigt worden ist. Für das erstere das OLG. Frankfurt a. M., Rundsch. **00** 156, **Lieber**, CBlFrG. **2** 801 ff. Auch **Zelter** a. a. O. läßt die Befreiung fortbestehen. Dagegen **Fohr**, A.civPr. **01** 103 ff., **Scherer**, JW. **01** 117, **Schenk**, CBlFrG. **3** 155. Für Solmser Landrecht LG. Gießen, HessRspr. **2** 29. Vgl. auch **Habicht**, Gruchots Beitr. **42** 443 ff. Das KG., Frankf. Rundschau **00** 192, verlangt in dieser Entscheidung nur Inventarisation des **Kindesvermögens**, soweit es nicht der Leibzucht unterworfen ist, dagegen in der Entscheidung OLG. **3** 105 die Inventarisation des Nachlasses, soweit er Eigenthum des Kindes ist, trotz der Leibzucht, s. ferner OLG. Frankfurt a. M., Rundsch. **34** 150, R. **01** 144. Vgl. ferner oben zu § 1640 Note 5.

b) KGJ. **23** A 23 (OLG. **4** 358) hält mit **Löwenbach**, Westf. Güterr. 65 die Befreiung von der Inventarisation bei der forgesetzten Gütergemeinschaft des westfälischen Gesetzes von 1860 nach Art. 48 Pr. AG. für eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes. Vgl. auch OLG. **5** 181 (KG.).

5. § 10 Ges. v. 16. 4. 60 für Westfalen (Fortsetzung der Gütergemeinschaft in beerbter Ehe) bleibt als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes für die vor dem 1. 1. 00 eingegangenen Ehen (Art. 48 AG.) bestehen. Weder § 1483 noch etwa § 1931 BGB. finden auf die Rechte des überlebenden Ehegatten Anwendung. **Löwenbach** a. a. O. 60 ff.; CBlFrG. **2** 801 ff.; OLG. **4** 401 (KG.). Abweichend nehmen **Keller**, CBlFrG. **2** 235 ff., **Kreilmann**, Gruchots Beitr. **45** 221 Eintritt des § 1483 BGB. an.

6. Keine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes, sondern Elternrecht ist der Nießbrauch des überlebenden Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft **nach** der Schichtung an dem Schichttheile der Abkömmlinge. Seine Aufrechterhaltung durch das Pr. AG. z. BGB. Art. 48, insbesondere für Westfalen ist gegenüber Art. 203 EG. z. BGB. unzulässig. **Zelter** a. a. O. 33 gegen **Habicht**.

7. Das Recht des überlebenden Ehegatten auf das Gesammtgut bei unbeerbter Ehe aus Art. 17 § 7 Pr. VO. v. 20. 12. 99 ist keine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes, KGJ. **22** A 66, R. **01** 540, dagegen das Erbrecht der Ehegatten nach der Joachimica. **Habicht** (3) 544 Anm. 1; **Gerhard**, DJZ. **99** 102 ff.

III. Ueber die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung zur Regelung des ehelichen Güterrechts

(Artt. 200, 218) ist zu bemerken: 1. Gegen das sog. Territorialprinzip, wonach die Landesgesetze alle in ihrem territorialen Machtbereiche befindlichen Ehen, aber auch nur diese überleiten können, wenden sich **Lippmann**, SächsA. **10** 273 und **Kahn**, Iherings J. **43** 309 ff. Nach Beiden darf das Landesgesetz nur solche Ehen überleiten, die am 1. 1. 00 einem durch das Gesetz **desselben Landes** geregelten Güterstande unterworfen sind. Es darf aber diese Ehen überleiten, auch wenn die Eheleute in einem anderen Bundes-

28*

staate wohnten, und hat sie übergeleitet, wenn es keinen ausdrücklichen Vorbehalt ausspricht. Vgl. auch Kaufmann, SächsA. **10** 302 für die Wirkung der Unterlassung der Ueberleitung in Sachsen gegenüber den Ausführungsgesetzen anderer Bundesstaaten.

2. Meikel a. a. O. behandelt die Fragen, wie es, nachdem der gesetzliche Güterstand des bayerischen Landrechts (Errungenschaftsgemeinschaft) durch Art. 83 des Bayr. AG. z. BGB. übergeleitet worden ist, mit dem Vermögen, das die Ehegatten am 1. 1. 00 besessen haben, zu halten ist, und welche Rechtsgrundsätze für den Fall des Todes eines Ehegatten gelten.

3. Rechtsprechung. a) Die Unwandelbarkeit des Güterstandes bei Aenderung des ehelichen Wohnsitzes ist nach Reichsrecht Regel. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 358. Siehe Habicht (3) 537.

b) Die durch Landesgesetze auf bestehende Ehen für anwendbar erklärten Vorschriften des BGB. gelten für diese Ehen nicht als reichs-, sondern als landesgesetzliche Vorschriften. BayrObLG. R. **02** 46, 351, A.bürgR. **3** 376.

c) Die Verfügungsmacht des Mannes über das Vermögen der Ehegatten bestimmt sich seit dem 1. 1. 00 ausschließlich nach dem BGB. BayrObLG. **2** 560, R. **02** 128.

d) Bei unbeerbten Ehen des lübischen Rechtes und für Ehen in den meisten Städten von Neuvorpommern und Rügen aus der Zeit vor 1900 soll das gesetzliche Güterrecht des BGB., im Uebrigen allgemeine Gütergemeinschaft gelten. OLG. **4** 445 (Stettin). Vgl. ferner über lübisches Güterrecht OLG. **4** 444 (KG.), **5** 182 (KG.).

e) Bei übergeleiteten Güterständen (Katzenelnbog. Landr.) bestimmt sich der nach Hess. AG. z. BGB. Artt. 191, 192 dem überlebenden Ehegatten zukommende Nießbrauch nach den Vorschriften des BGB. OLG. Darmstadt, HessRspr. **02** 97.

Art. 201. Bregenzer, Zur Auslegung des Art. 201, JW. **01** 193 ff. — Davidson, Das Recht der Ehescheidung 1900. — Erler, Ehescheidungsrecht und -prozeß 1900. — Gerhard, Die Ehescheidungsgründe des BGB. 1898. — Habicht, Einwirkung (3) 599 ff. — Köttgen, Recht **00** 205 ff. — Riedner (2) 444 ff. — Noeldeke, DJZ. **99** 407 ff. — Planck, EG. 369 ff. — Scherer, JW. **01** 243 ff., Die Ehesachen in der Uebergangszeit. Vgl. ferner die Literatur o. zu §§ 1564 ff.

I. Abs. 1. 1. Ein nach dem 1. 1. 00 verkündetes Urtheil in Ehescheidungsprozessen des Art. 201 ergeht auf Grund des neuen Rechtes. Bei den durch Eid bedingten Urtheilen ist aber der Tag der Verkündung des bedingten Endurtheils, nicht der des Läuterungsurtheils maßgebend. — Ist das Berufungsurtheil noch vor dem 1. 1. 00 ergangen, so kann die Revision nur auf Verletzung des bisherigen Rechtes gestützt werden. Davidson 210 ff.; ebenso Habicht 607 Anm. 1, Erler, **RG.** DJZ. **00** 95.

2. In den am 1. 1. 00 schon anhängig gewesenen Scheidungsprozessen sind die (Präklusiv- und Verjährungs-) Fristen des bisherigen Rechtes maßgebend. In den späteren kommen, sofern nicht das Recht auf Scheidung am Tage des Inkrafttretens des BGB. bereits durch Fristablauf erloschen war, die für die Verjährung geltenden Grundsätze (Art. 169) zur entsprechenden Anwendung. Ist jedoch die Frist nach dem Rechte des BGB. länger, so muß auch die kürzere Frist des bisherigen Rechtes gewahrt sein. Davidson 211 ff. (gegen Gerhard). Uebereinstimmend Habicht (3) 603 und Anm. 1, der aber den Fristen des bisherigen Rechtes, die mehr als zehn Jahre betragen, jede Geltung abspricht. A. M. Noeldeke a. a. O. 410; Scherer, JW. **01** 244. Ebenso Köttgen, R. **00** 205, der im Einzelnen ausführt: Die sechsmonatige Frist ist auf diejenigen Klagen anzuwenden, bei denen Klagegrund und Klagerhebung vor dem 1. 1. 00 liegen, dagegen nicht anzuwenden auf die vor dem

1. 1. 00 anhängig gewordenen. Denn die Frist ist eine Ausschlußfrist, die das Recht des Klägers im öffentlichen Interesse an eine zeitliche Beschränkung bindet. Mit dieser zeitlichen Beschränkung soll das Recht von seiner Entstehung an behaftet sein und darüber hinaus keine Kraft haben. Da die Fristbestimmung keine rückwirkende Kraft hat, so ist das vor dem 1. 1. 00 entstandene Klagerecht auch ohne die zeitliche Beschränkung entstanden. Ist der Klagegrund vor dem 1. 1. 00 entstanden, die Klage aber erst nachher anhängig geworden, so ist zu unterscheiden, ob vor dem 1. 1. 00 eine altrechtliche Frist gelaufen ist oder nicht. In diesem Falle findet die Berechnung der sechsmonatigen Frist erst vom 1. 1. 00 an statt, im ersten bleibt es, wenn die neurechtliche Frist länger ist, bei der alten; ist sie kürzer, so muß die alte Frist ablaufen, falls ihr Rest größer ist als die neue. Vgl. auch o. zu § 1571 Noten 5 a. E., 6 a und unten zu III. Note 6.

3. § 1572 findet in der Uebergangszeit unbeschränkte Anwendung, in den vor dem 1. 1. 00 anhängig gewordenen Sachen jedoch nur, wenn die Frist auch am 1. 1. 00 noch nicht verstrichen war. Davidson 212.

4. Ist die Ehe vor dem 1. 1. 00 geschieden und nur noch die Schuldfrage streitig, so ist auch auf diese das alte Recht anzuwenden. RG. JW. **00** 637, 585, **01** 53, 242. War die Ehe am 1. 1. 00 noch nicht geschieden, so wird die Schuldfrage nach § 1574 BGB. entschieden, auch wenn eine Schuldigerklärung nach bisherigem Rechte unzulässig war. Scherer, JW. **01** 246. S. auch o zu § 1574 Note 4 c.

5. Die Ehescheidung kann seit dem 1. 1. 00 nur noch durch Urtheil erfolgen; das landesherrliche Ehescheidungsrecht ist aufgehoben. So Noeldeke, DJZ. **99** 407, Planck Anm. 4, Habicht (3) 600, s. auch Hübler, DJZ. **02** 33 f., Stölzel das. 84 ff.

II. Abs. 2. 1. Davidson 213 führt aus: Vollständige Gleichmäßigkeit der Rechtslage wird nicht erfordert. Der bisher zugelassene Einwand der Kompensation des Ehebruchs greift nicht mehr durch, selbst wenn Ehebrüche sich vor dem 1. 1. 00 ereignet haben. Davidson 213. Uebereinstimmend: Gerhard, Noeldeke 408. A. M. Niedner 445, Habicht 602 und Anm. 1, Scherer. Gegen das Reichsgericht (s. unten Rechtsprechung) führt Bregenzer a. a. O. aus: Das Wort „Verfehlung" hat sowohl im Vordersatz als im Nachsatze des Abs. 2 die konkrete Bedeutung von „Verhalten" oder „Thatbestand" im Sinne eines der §§ 1565—1568 BGB., wogegen die Bezeichnung der Verfehlung im Bedingungssatz als „ein Scheidungsgrund" einen rein rechtlichen, somit abstrakten Begriff einführt. Dieser ist maßgebend, denn nicht auf den thatsächlichen Inhalt des Verfehlungsthatbestandes, sondern nur auf die Möglichkeit, ihn dem Begriff eines Scheidungsgrundes unterzuordnen, kommt es an, entscheidend ist allein die juristische Qualität der Verfehlung als „Scheidungsgrund". Dieser ist aber nichts Anderes als der „Klagegrund", angewendet auf Ehescheidungsprozesse. Der Klagegrund besteht in der Summe der den eingeklagten subjektiven Anspruch erzeugenden Thatsachen (vgl. §§ 1564—1569 BGB.), umfaßt also nicht die Gesammtheit der das objektive — im Scheidungsurtheile deklarirte — Scheidungsrecht begründenden Elemente, insbesondere nicht die Einreden, so die der Ehebruchskompensation. Dem Scheidungsgrunde nebst seiner thatsächlichen Grundlage, der Verfehlung, kann also nicht die Bedeutung einer wirkenden Ursache, sondern nur diejenige einer Bedingung des Scheidungsurtheils zukommen. „Trennende Kraft" hat einzig und allein das rechtskräftige Scheidungsurtheil, nicht aber der subjektive Scheidungsgrund und noch weniger die Verfehlung. Die „konkrete Theorie" Habichts und des Reichsgerichts ist hiernach grundsätzlich unhaltbar; die „abstrakte Theorie" gelangt jedenfalls zum richtigen Ergebnisse. Gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes ist ein Eingehen auf die Motive, das übrigens zu

keinem halbwegs sicheren Ergebnisse führt, überflüssig. Daraus, daß die Ausschlußgründe des Scheidungsanspruchs nicht erwähnt sind, ergiebt sich, daß insoweit die Regel des Abs. 1, von der Abs. 2 nur für den Scheidungsgrund eine Ausnahme festsetzt, d. h. der Grundsatz der Rückwirkung Platz greift. Daher ist die Geltendmachung der Ehebruchs-Kompensationseinrede des gemeinen Rechtes, des preußischen und des bayerischen Landrechts seit dem 1. 1. 00 endgültig und vollständig ausgeschlossen.

Ist mit der zeitlichen eine örtliche Statutenkollision verbunden, so ist auch die Frage, welches der bisherigen Rechte mit zu berücksichtigen ist, aus dem bisherigen internationalen Privatrecht, nicht aus Art. 17 EG. z. BGB. zu beantworten. Ebenso Habicht (3) 604—606; R. **00** 409; **Planck**, Anm. 9 zu Art. 201; Niedner, Anm. 2d zu Art. 201. Dagegen **Kahn**, Iherings J. **43** 387 (s. vor Art. 153); LG. Meiningen, R. **00** 373.

2. Im Falle einer Wohnsitzveränderung sind als die bisherigen Gesetze diejenigen mit zu berücksichtigen, die für den Scheidungsanspruch zur Zeit seiner Entstehung maßgebend waren. Schoeller, DJZ. **00** 250; **Habicht** 605 Anm. 1.

Die Scheidunger folgt auch hier auf Grund des neuen Rechtes, bei Ausländern auf Grund des nach Art. 17 maßgebenden nationalen Gesetzes. Davidson 212ff.; Scherer, JW. **01** 248.

3. Ein nach bisherigem Rechte erlassener Rückkehrbefehl kann die Verurtheilung zur Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft (§ 1567 Nr. 1 BGB.) nicht ersetzen. War nach bisherigem Rechte bei der böslichen Verlassung eine Frist von mehr als einem Jahre vorgeschrieben, so muß, sofern nicht diese längere Frist schon vorher verstrichen ist, der Ablauf der Frist von einem Jahre unter der Herrschaft des neuen Rechtes abgewartet werden. Davidson 214; **Planck** 370 Anm. 2a. S. auch o. zu § 1567 Note 7 Abs. 1.

4. Bei Ehescheidung wegen Geisteskrankheit (§ 1569 BGB.) brauchen die drei Krankheitsjahre nicht in die Zeit nach dem 1. Januar 1900 zu fallen. **Davidson** 215; vgl. Scherer a. a. O. 244 § 3; **Gerhard** 29; **Noeldeke**, DJZ. **99** 409; Habicht (3) 600 Anm. 2.

5. Abs. 2 kommt nicht zur Anwendung, wenn der den Scheidungsgrund bildende Zustand wie bei unverbesserlicher Trunksucht, Versagung der ehelichen Pflicht, ausschweifendem Lebenswandel, fortgesetzten Mißhandlungen, Beleidigungen u. s. w. von längerer Dauer ist und nach dem 1. Januar 1900 noch fortbesteht. **Davidson** 215; übereinstimmend Habicht.

6. Die ferneren Rechtsbeziehungen der nach dem 1. Januar 1900 geschiedenen Ehegatten, abgesehen von der Vermögensauseinandersetzung, die sich nach dem Güterstande richtet, unterstehen dem neuen Rechte. Ist die Ehe zwar vor dem 1. Januar 1900 geschieden, das Urtheil aber erst nach diesem Zeitpunkte rechtskräftig geworden, so richten sich die Wirkungen der Scheidung nach bisherigem Rechte. **Davidson** 210, 215; a. M. Scherer a. a. O. 247. Jedoch ist dies streitig.

7. Nach Habicht a. a. O. 609; OLG. 2 159 (KG.) ist, insbesondere auch für die Frage, ob die durch das BGB. beseitigte Ehescheidungsstrafe gefordert werden kann, der Zeitpunkt der Erlassung, nicht der Rechtskraft des Urtheils maßgebend. A. M. **Planck** 372 Anm. 8a, der bemerkt, daß, wenn die Scheidung noch vor dem 1. 1. 00 erfolgte, das Scheidungsurtheil aber erst nachher rechtskräftig geworden ist, es darauf ankommt, ob nach bisherigem Rechte die Ehescheidungsstrafe schon an die Erlassung oder erst an die Rechtskraft des Urtheils geknüpft war. Niedner **2** 447 ist stets für den Augenblick der Rechtskraft des Urtheils.

8. Nach Silberschmidt, Böhms Z. **8** 117, und Niedner 3c und 3a a. a. O. hat die Vermögensauseinandersetzung auch hier nach altem Rechte zu

erfolgen, und auch § 1478 des BGB. ist nicht anzuwenden, weil darin der Charakter der Strafe nicht unzweifelhaft hervortritt, vielmehr es sich um eine mit der Auseinandersetzung des BGB. enge zusammenhängende Regelung der gegenseitigen Vermögensverhältnisse handelt.

Wenn aber die Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschieden wurde, so sind die §§ 1577—1584 BGB. nicht anwendbar; diese Vorschriften unterstehen dem zur Zeit der Scheidung gültigen Rechte.

9. Für die Beurtheilung der Wirkungen einer vor dem 1. 1. 00 rechtskräftig erfolgten Ehescheidung bleibt das alte Recht maßgebend. Habicht (3) 610; Planck 372 Anm. 8b. So z. B. für die Führung des Namens des Ehemanns durch die geschiedene Ehefrau und die Unterhaltspflicht des schuldigen Ehegatten. OLG **1** 217, 280 (Breslau, Königsberg), **2** 167 (Dresden), **3** 17 (KG.), 42 (Dresden). S. auch o. zu § 1581 Note 2 und unten zu III. Note 7.

Ist der vor dem 1. 1. 00 geschiedene Ehegatte nach bisherigem Rechte unterhaltsberechtigt, so findet § 1581 BGB. keine Anwendung. Scherer, EG. 247; vgl. RG. JW. **01** 2.

Sartorius, Personenstandsgesetz 450 hebt hervor, daß durch Art. 201 die Vorschrift des § 77 Abs. 1 des Pers.StG. außer Anwendung gesetzt sei. Ueber Aufrechterhaltung des Abs. 2 siehe zu Art. 202.

10. Zu den Vorschriften der bisherigen Gesetze im Sinne des Art. 201 Abs. 2 sind nur die Vorschriften des bisherigen materiellen Rechtes zu rechnen, nicht auch die bisherigen Vorschriften des internationalen Privatrechts. Niedner, R. **00** 253.

11. Wird eine Klage wegen der inzwischen eingetretenen Rechtsänderung abgewiesen, so treffen den Kläger die Kosten des Verfahrens, Nöldeke, DJZ. **99** 410.

III. Rechtsprechung: 1. a) Die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann nach dem 1. 1. 00 nur nach den Vorschriften des BGB. — mit der aus Art. 201 Abs. 2 EG. z. BGB. sich ergebenden Beschränkung — erfolgen. Dies gilt für alle Instanzen, auch für die Revisionsinstanz, wenn sie das Berufungsurtheil abändernd in der Sache selbst entscheidet. Dagegen kann ein vor dem 1. 1. 00 verkündetes Berufungsurtheil nicht deshalb aufgehoben werden, weil die Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach den inzwischen in Kraft getretenen Vorschriften des BGB. nicht mehr statthaft wäre. RG. **45** 95; JW. **00** 115; R. **00** 63; vgl. JW. **99** 843, 844; Petersen, R. **00** 15; OLG. München, R. **00** 83; Darmstadt, HessRspr. **1** 17 ff.; R. **00** 543; RG. R. **01** 235.

b) Auch die Beurtheilung der Schuldfrage hat nach dem 1. 1. 00 nach den Vorschriften des BGB. zu erfolgen. Es kann deshalb eine Schuldigerklärung auf Grund eines Verhaltens, das wohl nach früherem Rechte, nicht aber nach BGB. einen Scheidungsgrund bildet, nicht erfolgen. RG. **46** 156 und JW. **00** 636; R. **00** 418.

c) Wegen einer vor Inkrafttreten des BGB. verschuldeten Verfehlung kann auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur erkannt werden, wenn die Verfehlung nach ihrer konkreten Sachgestaltung auch nach den bisherigen Gesetzen Scheidungs- oder Trennungsgrund war; war also gegenüber einem vor dem 1. 1. 00 begangenen Ehebruche die Kompensation mit einem von dem anderen Ehegatten vor demselben Zeitpunkte verübten Ehebruch nach den bisherigen Gesetzen zulässig, so kann auch nach dem 1. 1. 00 auf Scheidung nicht erkannt werden. RG. **46** 90, 159; **47** 4; JW. **00** 465, 642, 742; **01** 73; **01** 349; **01** 492; DJZ. **00** 277; R. **00** 284. Ebenso: OLG. Celle, OLG. **1** 325; R. **00** 127; vgl. R. **00** 492. Kiel, Schlesw. Holst. Anz. **00** 65 ff.; R. **00** 419 (wo eine entgegengesetzte Kieler Entscheidung erwähnt wird); Hamburg, R. **02** 151, HansGerZ. **02** Beibl. 36. A. M. OLG. Jena; OLG. **1** 46; Ham-

burg, DJZ. **00** 235; R. **00** 374; HansGerZ. **02** Beibl. 170; R. **02** 509; OLG. **1** 142 (Königsberg); R. **00** 374; PosMschr. **00** 51; OLG. **1** 34, 323 (KG.), Frankfurt a. M., R. **00** 307 (anders aber R. **00** 462), 517 (Frankf. Rundsch. **34** 27 ff.).

d) Trennungsgrund nach den bisherigen Gesetzen sind auch solche Verfehlungen, die eine zeitliche Trennung von Tisch und Bett begründeten. RG. **47** 31 und JW. **00** 741; vgl. ferner JW. **00** 847; **01** 203, 547. Ebenso OLG. **1** 396 (Rostock), das. auch entgegengesetzte Entscheidung. Vgl. auch OLG. Hamburg, DJZ. **00** 364 (zwei verschiedene Urtheile); R. **00** 462; OLG. **1** 256 (Breslau), 350 (KG.), 473 (KG.); R. **00** 492; **01** 74, 123. Anders OLG. Hamburg **01** 564; R. **02** 46.

e) Ist bei angestellter Klage und Widerklage die Ehe nur auf die eine nach altem Rechte geschieden und wird sie noch auf die andere unter der Herrschaft des BGB. geschieden, so ist die Schuldfrage gleichwohl nach altem Rechte zu entscheiden, speziell, wenn preußisches Recht in Frage steht, weil nach dem Abwägungssystem dieses Rechtes sich die Schuldfrage nicht nach widersprechenden Prinzipien entscheiden läßt. RG. JW. **01** 53.

f) Ist eine Ehe nach den bisherigen Gesetzen rechtskräftig geschieden, so ist auch die — allein durch Rechtsmittel angefochtene — Entscheidung über die Schuldfrage nach den bisherigen Gesetzen zu treffen. RG. **46** 147; JW. **00** 585; R. **00** 440, 464; **01** 241; **01** 296.

2. Das Revisionsgericht hat nur zu prüfen, ob der Berufungsrichter das zur Zeit der Urtheilsverkündung geltend gewesene Recht richtig angewendet hat. RG. R. **00** 175; vgl. RG. R. **00** 464 (Klage auf Trennung von Tisch und Bett).

3. Unter den „bisherigen" Gesetzen sind nach einer Entscheidung des OLG. **2** 452 (Cöln), R. **01** 387 diejenigen zu verstehen, welche am Wohnsitze des Ehegatten zur Zeit, als der Ehegatte sich verging, in Geltung waren.

4. Zu den „Vorschriften" im Sinne des Abs. 1 gehören auch die Bestimmungen des EG. Artt. 17, 27. RG. **47** 136; JW. **01** 30.

5. Hat die Jahresfrist des § 1567 BGB. vor dem 1. 1. 00 zu laufen begonnen, so kann auf Scheidung nur erkannt werden, wenn die bösliche Verlassung auch nach den bisherigen Gesetzen einen Scheidungs- oder Trennungsgrund gebildet hat. RG. JW. **01** 322.

Hat die einjährige Frist des § 1567 Nr. 2 BGB. unter altem Rechte begonnen und unter neuem Rechte geendet, so steht der Scheidung nicht im Wege, daß das alte Recht die bösliche Verlassung als Scheidungsgrund von weiteren Voraussetzungen (z. B. von Ungehorsam gegen einen Rückkehrbefehl) abhängig machte. Denn der Scheidungsgrund ist nur die noch nach dem 1. Januar 1900 andauernde bösliche Verlassung. Ob eine solche vorliegt, ist gemäß Art. 201 nur nach dem BGB. zu beurtheilen. OLG. **1** 313 (Hamburg). (S. o. zu § 1567 Note 6.)

Der Grund der in Abs. 2 enthaltenen Einschränkung des in Abs. 1 ausgesprochenen Prinzips ist, wie das OLG. Hamburg **2** 386 ff. ausführt, nach den Motiven, daß die zu Scheidungsgründen geeigneten Thatsachen der Regel nach in einem schuldhaften Verhalten eines der Ehegatten bestehen und ein solches nur anzunehmen ist, wenn der Ehegatte gewußt oder doch hat wissen können, daß seine Handlungsweise überhaupt den Bestand der Ehe in Frage zu stellen geeignet sei. Nach diesem Grundsatze muß die Frage, ob wegen eines vor dem 1. 1. 00 begangenen Ehebruchs auf Scheidung geklagt werden darf, obwohl dieser Klage nach altem Rechte die Einrede der Kompensation entgegenstand, im Gegensatze zum Reichsgerichte bejaht werden. Denn wenn ein Ehegatte unter der Herrschaft des alten Rechtes Ehebruch beging, so mußte er sich bewußt sein, daß er schwer gegen die Pflichten der Ehe fehlte.

6. Den Fristen des § 1571 BGB. ist keine rückwirkende Kraft beizulegen. Sie treten erst vom 1. 1. 00 ab in Wirksamkeit und sind auf damals schwebende Klagen nicht zur Anwendung zu bringen, für diese sind vielmehr die Fristbestimmungen des früheren Rechtes maßgebend geblieben. **RG. 46** 156, JW. **00** 636, **01** 204, DJZ. **00** 481, R. **01** 18. Ueber Berechnung der zehnjährigen Frist des § 1571 BGB. OLG. Hamburg, HansGerZ. **02** Beibl. 7. Vgl. auch o. zu § 1571 Note 6a und oben zu I. Note 2.

7. Der Unterhaltsanspruch des unter dem alten Rechte geschiedenen Ehegatten ist auch nach dem 1. 1. 00 nach altem Rechte zu beurtheilen. OLG. Dresden, SächsA. **10** 631, R. **01** 47. So selbst dann, wenn das Urtheil erst nach 1. 1. 00 rechtskräftig wurde. **RG.** JW. **02** Beil. 226, 227; R. **02** 325; **RG. 48** 5 ff.; **50** 304 ff. S. auch oben zu II. 9 und § 1581 Note 2. — Badisches Recht: Für die in Baden erhobenen Ehescheidungsklagen kommt als das nach Art. 201 Abs. 2 neben dem BGB. anzuwendende Gesetz nicht das Recht des letzten Wohnsitzes, sondern das Heimathsrecht der Ehegatten in Betracht. OLG. Karlsruhe, R. **01** 564; BadRpr. **01** 210.

Art. 202. Die Umwandlung von Trennungsurtheilen, die vor dem 1. 1. 1876 ergangen sind, in Scheidungsurtheile erfolgt nach wie vor auf Grund des § 77 Abs. 2 des Personenstandsgesetzes und nicht auf Grund des § 1576 BGB.; gegen Riedner zu Art. 17 Anm. 4e Davidson 217.

Auch Sartorius 453 ist der Meinung, daß die Uebergangsvorschrift des § 77 Abs. 2 des Personenstandsgesetzes durch Art. 202 aufrechterhalten ist. Die Klage auf Auflösung der Ehe auf Grund einer vor dem Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes im Inland erkannten beständigen Trennung von Tisch und Bett ist demnach künftig auch dann zulässig, wenn ein Scheidungsgrund des BGB. nicht vorhanden ist, und bedarf keiner anderen Begründung, als der Vorlegung des Trennungsurtheils. Vgl. auch o. zu § 1576 Abs. 2.

Thatsachen, die unter dem früheren Rechte zu einem rechtskräftigen Urtheil auf Trennung von Tisch und Bett geführt haben, können unter Herrschaft des BGB. nicht als selbständiger Scheidungsgrund verwendet werden. Dies folgt weniger aus Art. 201 als Art. 202. Vgl. **RG.** JW. **01** 386; OLG. **4** 87 (Hamburg).

Art. 203. 1. Zu Artt. 203—209 vgl. im Allgemeinen Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf elterliche Nutznießungsrechte, besonders den Beisitz. Gruchots Beitr. **42** 413—455.

2. Die Frage, ob ein vor dem 1. 1. 00 geborenes Kind ein eheliches ist, bestimmt sich nach altem Rechte, das für alle bei der Frage der Ehelichkeit in Betracht kommenden Verhältnisse maßgebend ist. **RG.** R. **02** 325; OLG. **4** 105 (Kiel); Habicht, Einwirk. (3) 620. Dasselbe gilt auch für die vor dem 1. 1. 00 geborenen Kinder, wenn sie vor Abschluß der Ehe empfangen, aber in der Ehe geboren sind, für die Frage, ob sie als eheliche oder durch nachfolgende Ehe legitimirt anzusehen sind. Engelmann, Seuff. Bl. **63** 90. Die Illegitimitätsklage ist demnach weiter zulässig, das vor dem 1. 1. 00 geborene uneheliche Kind kann sie erheben, wenn dies nach früherem Rechte zulässig war. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 219; vgl. aber OLG. **6** 57 (KG.).

3. Blanckmeister bemerkt R. **00** 226, 227 zu Art. 203 und § 1697 BGB.: Eine Mutter erlangt nicht die elterliche Gewalt über ihre Kinder erster Ehe, wenn sie vor dem Inkrafttreten des BGB. eine zweite Ehe eingegangen ist, insbesondere auch dann nicht, wenn die zweite Ehe vor dem 1. 1. 00 wieder gelöst worden ist. Denn der § 1697 spricht die Unfähigkeit der wiederverheiratheten Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt aus. Sie ist von vornherein gegeben, wenn die Wiederverheirathung vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat. Der Art. 203 will das ganze Rechtsinstitut der elterlichen Gewalt auf die gegen=

seitigen Beziehungen der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. lebenden Eltern und Kinder angewendet wissen. Er ist daher dahin auszulegen, daß auch die Gründe des BGB., die eine Mutter unfähig machen, Inhaberin der elterlichen Gewalt zu sein, alsbald Geltung haben sollen. So auch Schultheis, VormR. 319 Anm. 7. Vgl. ferner o. zu § 1697 Note 5.

4. Liegt kein Grund zur Verwirkung der elterlichen Gewalt nach dem BGB. vor, so erlangt der Vater die nach dem früheren Rechte verwirkte Gewalt mit dem 1. 1. 00 wieder. DJZ. **00** 49 (KG.) und PosMschr. **00** 129. S. hierzu auch o. zu § 1680 Note 4a.

5. Die Vorschrift bezieht sich, soweit sie die Verwaltung und Nutznießung der Eltern am Vermögen der Kinder regelt, nur auf elternrechtliche Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse, d. h. solche, die im bisherigen Rechte ein Ausfluß des Gewaltverhältnisses über die Kinder waren, nicht auf solche Befugnisse, die den Eltern aus anderen Rechtsgründen zustanden, sei es in Folge Vertrags oder letztwilliger Verfügung oder kraft Gesetzes, wie z. B. gemeinrechtlich an der dos, der donatio propter nuptias, an der Ehescheidungsstrafe und dergl. Namentlich gilt der Art. 203 nicht für die deutschrechtlichen Beisitzrechte, d. h. die Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse, die der überlebende Elterntheil an dem den Kindern zufallenden Vermögen seines verstorbenen Ehegatten in Folge ehelichen Güterrechts oder als statutarische Portion hatte. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 417, 439—451; Einwirk. (3) 640 ff.; Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 44.

6. Die Streitfrage, ob der überlebende Ehegatte einer nach dem 1. 1. 00 aufgelösten Ehe, für welche Solmser Landrecht mit Ueberleitung gemäß Art. 191 Hess. AG. z. BGB. galt, ein Vermögensverzeichniß auch über das von dem verstorbenen Ehegatten hinterlassene Vermögen aufzustellen und dem Gericht einzureichen hat, wird, da neben dem lebenslänglichen Nießbrauch kraft Elternrechts Verwaltungsrecht bestehe, von Buff im Anschluß an das LG. Darmstadt, HessRspr. **00** 191 und vom LG. Gießen, HessRspr. **01** 29, (s. auch **00** 69) bejaht, dagegen weil nur erbrechtliche Befugnisse des Ueberlebenden am Nachlasse beständen, verneint von Hörle, HessRspr. **00** 30; Eulau a. a O. 85; s. auch das. 101 und 23.

Bei Auflösung der Ehe vor dem 1. 1. 00 besteht keine Inventarpflicht des Mannes, dem die Nutznießung nach Katzenelnbogener Landrecht als portio statutaria zusteht, wegen dieses Vermögens: LG. Darmstadt, HessRspr. **00** 35; auch OLG. Darmstadt, das. 3, wo auch der Wegfall des gesetzlichen Pfandrechtstitels im Falle der Wiederverheirathung bejaht wird. Der Beiseß schließt eine Auseinandersetzung auch im Falle der Wiederverheirathung aus. HessRspr. **00** 103. Vgl. eingehend auch o. zu § 1669 I.

7. Für Ansprüche der Kinder auf Unterhalt nach dem 1. 1. 00 ist nach Art. 203 EG. das BGB. maßgebend. BayrObLG., Seuff. A. **55** 412; Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 39; auch im Falle vorheriger Feststellung durch Urtheil oder Vergleich RG. JW. **00** 431; Planck, Bem. 3 zu Artt. 203—209 (375); Habicht, Einwirk. (3) 619 Anm. 2 (das. Rechtsprechung). Ebenso wegen der Verpflichtung des Kindes zu häuslichen Diensten (§ 1617 BGB.) und der Ausstattungspflicht bei Eheschließung nach dem 1. 1. 00. Fuchs a. a. O.; Niedner zu Art. 203 Anm. 2aα, der für den Aussteueranspruch bei Heirath vor dem 1. 1. 00 hervorhebt, daß zwar im Uebrigen das alte Recht, für die Verjährung aber nach Art. 169 der § 1623 Satz 2 BGB. anwendbar ist. Ebenso Habicht, Einwirk. (3) 623. Vgl. auch o. zu § 1620 Note 5.

8. Den nach früherem Rechte (§ 187 II 2 ALR.) den Kindern zur besonderen Sicherheit verschriebenen Kapitalien steht der Vater nicht anders als sonstigen Kapitalien gegenüber, sofern die Sicherung auf eigenem Rechtsakte (z. B. Pfandrechtsbestellung), nicht auf Anordnung der Behörden beruht. Art. 203 findet

Anwendung. KGJ. **20** A 27; Seuff. A. **55** 413; vgl. aber KGJ. **21** A 29; OLG. **2** 140.

Der zur zweiten Ehe schreitende Vater ist nach dem BGB. zu einer Sicherheitsleistung nicht verpflichtet. Es besteht aber kein Anspruch auf Freigabe einer nach Maßgabe des bisherigen Rechtes von dem wiederverheiratheten Vater geleisteten Sicherheit; diese haftet vielmehr auch für die fernere Verwaltung. Schultheis, VormR. 321.

Das OLG. München, R. **01** 144, OLG. **2** 200 spricht sich für den Fortbestand der schon vor dem 1. 1. 00 wirksam gewordenen gesetzlichen Hypothek der Kinder wegen ihres der elterlichen Gewalt unterworfenen Vermögens aus. Zur Löschungsbewilligung ist ein Pfleger nöthig, das Gericht kann sie nicht nach § 1672 BGB. ertheilen. BayObLG. R. **01** 176.

Das Vormundschaftsgericht kann nicht eine Hypothek, die an dem Grundvermögen des Vaters zur Sicherung der Kinder nach früherem Rechte (so pfälzischem, Art. 2135 Nr. 1 code civil) kraft Gesetzes entstanden und darauf eingetragen ist, selbst im Grundbuche löschen lassen, sondern hat zur Abgabe der Löschungserklärung einen Pfleger zu bestellen. BayrObLG. R. **02** 127, Planck, Komm. z. Art. 203 Anm. 3c. Ein gesetzlicher Pfandrechtstitel des bisherigen Rechtes fällt weg; der Vater kann die Löschung der bestellten oder kraft Gesetzes entstandenen Sicherheitshypothek verlangen, soweit nicht Ansprüche des Kindes gegen den Vater vor dem 1. 1. 00 entstanden sind; insoweit bleiben Titel und gesetzliches Pfandrecht in Kraft. Planck a. a. O. Anm. 3c. Nach Riedner zu Art. 203 Anm. 3 und zu Art. 192 Anm. 5, 6 bleibt das Pfandrecht auch für die späteren Ansprüche wirksam, auch später erworbene Grundstücke werden ihm unterworfen. S. auch Habicht a. a. O. 628.

9. Bei Kindern, die durch ausdrückliche Emanzipation nach gemeinem oder französischem Rechte aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden waren, lebt zwar diese im Uebrigen wieder auf, nicht aber die Nutznießung an ihrem Vermögen, auch nicht die der Mutter bei Emanzipation durch den verstorbenen Vater. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 419, Einw. (3) 630, 49; Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 41; Schultetus, VormR. 231 Anm. 4; Riedner zu Art. 203 Anm. 2bß. Der nach bisherigem Rechte als praemium emancipationis begründete Nießbrauch an der Hälfte des Kindesvermögens erlischt volljährigen Kindern gegenüber. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 429; Fuchs a. a. O. 42.

10. Hat die Mutter vor dem 1. 1. 00 als Vormünderin ein der gerichtlichen Genehmigung unterliegendes Rechtsgeschäft ohne diese vorgenommen und könnte sie jetzt als Inhaberin der elterlichen Gewalt das Geschäft selbständig abschließen, so wird es durch den Wechsel der Gesetze nicht ohne Weiteres unbedingt gültig. Die Mutter kann es aber nachträglich bestätigen. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 438 Anm. 22, Einw. (3) 684, 47.

11. Rechtsprechung. Art. 203 kommt auch auf diejenigen unter dem früheren Rechte geborenen unehelichen Kinder zur Anwendung, welche zufolge nachträglicher Legitimation nach dem früheren Rechte (Art. 209) die Stellung ehelicher Kinder erlangt haben. RG. JW. **01** 54.

Die sofortige Anwendbarkeit des BGB. auf das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern ist im öffentlich-rechtlichen Interesse erfolgt. Demzufolge gehört die väterliche Nutznießung am Kindesvermögen, wenn der Vater vor dem 1. 1. 00 in Konkurs verfallen und über diesen Zeitpunkt hinaus im Konkurse verblieben ist, vom 1. 1. 00 ab nicht mehr zur Konkursmasse (§ 1658 BGB., § 862 CPO., § 1 Abs. 1 KO.); der Konkursverwalter verliert mit dem 1. 1. 00 das Recht auf Verwaltung der Kindergrundstücke und auf Einziehung der Miethen

(§§ 1647, 1656 BGB.). Dies tritt ein trotz der Vorschrift des Art. 5 EG. z. KO. **RG. JW. 00** 491. Vgl. auch o. zu § 1658.

Ist eine Ehe vor dem 1. 1. 00 geschlossen, so kann nur auf Grund des bisherigen Rechtes ein Anspruch auf Mitgift gegen die Eltern eines Ehegatten geltend gemacht werden. Denn dieser Anspruch wurzelt nicht allein in dem Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, sondern wird erst durch das Hinzutreten eines weiteren Thatbestandes, der Heirath begründet. In solchem Falle ist daher Art. 170 maßgebend. OLG. **1** 176 (Frankfurt a. M.).

Die Unterhaltspflicht des Vaters, dessen Ehe vor 1900 geschieden wurde, ist nach neuem Rechte zu beurtheilen — trotz Art. 206. Denn die Fürsorgepflicht umfaßt nicht die Verpflichtung, die Kosten der Erziehung zu bestreiten; diese Pflicht ist vielmehr ein Ausfluß des Verwandtschaftsverhältnisses. Daher findet Art. 203 Anwendung. OLG. **2** 42 (Dresden).

Nach OLG. **5** 480 (Braunschweig) sind die vermögensrechtlichen Wirkungen des Eltern- und Kindesverhältnisses auch dann nach BGB. zu behandeln, wenn sie nach bisherigem Rechte zur Schaffung von Sachenrechten geführt haben sollten.

Art. 204. 1. Habicht, Einwirk. (3) 631 ff. erachtet als fortwirkende Beschränkung schon die unter Uebergehung der Mutter erfolgte Vormundsbestellung sowie die Bestellung eines Gegenvormundes; er läßt den Vormund Pfleger nach § 1693 BGB., den Gegenvormund Beistand werden. A. M. Planck zu Art. 204 Anm. 4, der nur Entziehung der Erziehung (§ 28 Pr. VO.), Entlassung als Vormund und ausdrücklichen Ausschluß von der Vormundschaft fortwirken läßt, Riedner zu Art. 204 Anm. 3, der nur die beiden ersten Anordnungen fortwirken läßt. Für Fortbestand des Amtes des Gegenvormundes Schultetus 232; a. M. Schultheis 311.

Nach Habicht, Einwirk. (3) 634 ist der Gegenvormund zu entlassen, wenn nicht die Voraussetzungen für eine Beistandschaft vorliegen.

2. Die freiwillige Niederlegung der gesetzlichen Vormundschaft durch die Mutter nach Art. 394 code civil hindert nicht den Eintritt der elterlichen Gewalt, eine vor dem 1. 1. 00 bestellte Dativvormundschaft ist keine Anordnung im Sinne des Art. 204. LG. Mainz, HessRspr. **00** 68.

3. Keine obrigkeitliche Beschränkung ist das Erlöschen der väterlichen Gewalt wegen Zuchthausstrafe (§ 255 ALR. II. 2), wohl aber die Einschränkung der Gewalt nach §§ 90, 91, 266 ff. ALR. II. 2. Maercker, Nachlaßbehandlung (17) 476. Vgl. KG., JMBl. **00** 612; **RG. JW. 19** 51, DJZ. **00** 49; Planck zu Art. 204 Anm. 3; Riedner zu Art. 204 Anm. 3; a. M. Habicht, Einwirk. (3) 631 wegen der Fassung und des Zweckes des Art. 204 Abs. 1 (s. auch das. 634 Anm. 3).

4. a) Die Aufhebung der Anordnungen nach Abs. 1 unterliegt dem freien Ermessen des Gerichts; die Aufrechterhaltung ist nicht etwa an die Voraussetzungen der §§ 1666, 1667, 1680 BGB. gebunden. Im Falle des Abs. 2 tritt der Uebergang der Nutzungen und Lasten erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem die Anordnung des Vormundschaftsgerichts wirksam wird. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 431, Einw. 631 u. 635 bei Anm. 1, 66; Planck zu Art. 204 Anm. 2a hebt hervor, daß Satz 2 des Abs. 1 die Aufhebung nur dann zulassen wolle, wenn eine solche Anordnung nicht nach den Vorschriften des BGB. geboten sei.

b) Für die Aufhebung der Beschränkungen ist der Vormundschaftsrichter ausschließlich zuständig, auch wo bisher eine gerichtliche Klage gegeben war. **RG.** DJZ. **01** 117, JW. **00** 869.

Art. 205. 1. a) Die Ausschließung ist als solche wirksam, wenn die Mutter nicht die Ausübung der elterlichen Gewalt erhält. Schröder-Mugdan 18.

b) Sie wirkt nur als Anordnung der Beistandsbestellung; der Vormund wird nicht ohne Weiteres zum Beistande, sondern ist seiner bisherigen Stellung ent-

hoben und als Beistand zu bestellen. Habicht, Einwirk. (3) 636; Riedner zu Art. 205 Anm. 7; Planck zu Art. 205 Anm. 1; Habicht hält jedoch gegen Riedner und Planck eine besondere Verpflichtung für entbehrlich.

c) Art. 205 trifft nur den Fall des Ausschlusses der Mutter allein durch die väterliche Anordnung; sonst liegt der Fall des Art. 204 vor, und das richterliche Ermessen für die Aenderung greift Platz. Habicht (3) Einwirk. 636.

d) Art. 205 bezeichnet nur die mindeste Wirkung der Anordnung; führt die Auslegung dahin, daß das Recht der Mutter auf Verwaltung des Vermögens ausgeschlossen sein soll, so wird sie im Umfange des § 1638 aufrecht erhalten und greift Art. 205 nur im Uebrigen ein. Habicht (3) 637; Planck, Anm. 4 zu Art. 205. Ob aber eine solche Anordnung außer der ihr in Art. 205 beigelegten Wirkung auch die Kraft behält, die Mutter von der Vermögensverwaltung nach § 1638 BGB. dauernd auszuschließen, ist Auslegungsfrage. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 418.

2. Nußbaum bemerkt DJZ. **99** 413: Hat der eheliche Vater vor Inkrafttreten des BGB. die Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen und eine andere Person zum Vormund ernannt, so ist letztere jetzt als Beistand zu bestellen. Sie bleibt jedoch Vormund, wenn die Mutter sich vor dem Inkrafttreten des BGB. wieder verheirathet hatte. Vgl. auch o. zu § 1697 Noten 5, 6.

Art. 206. 1. In Art. 206 ist wegen der Kinder aus einer vor dem 1. 1. 00 geschiedenen Ehe das bisherige Recht auf die Frage, welchem Elterntheile die Sorge für die Person zusteht, anwendbar, dagegen der Begriff dieser Sorge, also auch der Inhalt dieser Fürsorgepflicht dem BGB. zu entnehmen.

Da § 1635 Abs. 1 Satz 2 Anwendung findet, so kann der Prozeßrichter nicht mehr, wie im gemeinen Rechte, mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder die Erziehung dem schuldigen Gatten übertragen. OLG. Braunschweig, Seuff. A. **55** 295; OLG. **2** 332 (Kiel). Aufrechterhalten ist aber durch Art. 206 das frühere Recht auch insoweit, als danach das gesetzliche Fürsorgerecht, wie es für das neue Recht § 1635 Abs. 1 Satz 1 festsetzt, nicht nur nach der Schuldfrage, sondern gleichzeitig und ungetrennt von jener mit Rücksicht auf das Interesse des Kindes schon von dem Prozeßrichter festzustellen ist, wodurch dann eine spätere abweichende Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht ausgeschlossen wird. **RG.** JW. **00** 642; DJZ. **00** 481.

2. Nach Davidson, Recht der Ehescheidung 221, Scherer, JW. **01** 247 finden die §§ 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 1636 auch dann Anwendung, wenn über die Sorge für die Person, Erziehung, Recht des persönlichen Verkehrs, Vertretungsbefugniß aus der Zeit vor dem 1. 1. 00 ein rechtskräftiges Urtheil oder ein Vertrag der Ehegatten vorliegt.

Ist eine Ehe auf Grund der bisherigen Gesetze geschieden, so bestimmt sich auch das Recht, die Herausgabe der gemeinschaftlichen Kinder von Dritten zu verlangen, nach bisherigem Rechte. OLG. Hamburg, R. **00** 175; in solchem Falle findet auch § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. Anwendung, so daß die Entscheidung darüber, ob dem an sich berechtigten Elterntheile das Erziehungsrecht genommen werden soll, den ordentlichen Gerichten entzogen ist. OLG. Hamburg, R. **00** 283. Vor 1900 geschlossene und ausgeführte Erziehungsverträge zwischen geschiedenen Ehegatten bleiben — s. o. zu § 1631 Note 1 b, § 1635 Note 4 — weiter in Kraft. OLG. **4** 356 (KG); OLG. Hamburg, R. **02** 238; Habicht, Einwirk. (3) 639 Anm. 2. Nach Planck zu Art. 206 Anm. 3 ist dagegen der bisher zulässige Rechtsweg wegen der Entziehung der Sorge für die Person der Kinder nicht ausgeschlossen; (ebenso Riedner zu Art. 206 Anm. 4).

3. Entsteht zwischen dem Ehegatten, dem nach § 1635 BGB. die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes zusteht, und dem anderen Elterntheile

Streit über den Umfang des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde, so hat nach § 1636 BGB. — s. o. zu § 1636 Noten II, III — das Vormundschaftsgericht die nähere Regelung zu treffen, nicht der Prozeßrichter, auch wenn dieser schon vor 1. 1. 00 angerufen war. LG. Mainz, HessRspr. **00** 21.

4. In OLG. **3** 42 sagt das OLG. Dresden, daß die Unterhaltspflicht nicht mit dem Rechte und der Pflicht der Sorge für die Person der Kinder zusammenfällt, und daß sich insbesondere auch die Verpflichtung zur Bestreitung der Erziehungskosten vielmehr gemäß Art. 203 für den vor 1900 geschiedenen Ehemann nach neuem Rechte bestimmt.

Das Reichsgericht führt übereinstimmend aus: mit den in Art. 206 enthaltenen Worten „für die Person zu sorgen" ist die in den §§ 1631 ff BGB. näher bezeichnete „Sorge für die Person" gemeint; es hat danach, wie sich aus den Motiven 294, 295 ergiebt, nur bestimmt werden sollen, daß das bisherige Recht soweit maßgebend bleiben solle, als es sich darum handele, welchem Elterntheile die Sorge für die Person anzuvertrauen sei, während der Inhalt dieses Rechtes seit 1. 1. 00 sich nach BGB. zu richten hat. Demgemäß richtet sich der Umfang der bezüglichen Alimentationspflicht seit diesem Zeitpunkte nach neuem Rechte. **RG. 49** 155; DJZ. **02** 20; JW. **01** 809; vgl. **RG. 46** 67.

5. Ist eine Ehe vor dem 1. 1. 00 geschieden, so entscheidet das bisherige Recht über die Zuständigkeit des Gerichts für die Bestimmung des Ehegatten, der die Kinder aus der Ehe erhalten soll. Das ist nach rheinischem Rechte (Art. 302 code civil) das Prozeß- und nicht das Vormundschaftsgericht. § 1635 Abs. 1 S. 1, 2 BGB. findet neben dem bisherigen Rechte Anwendung. **RG.** R. **02** 103; OLG. **4** 104 (Cöln); s. CBlFrG. **2** 448 Nr. 268a; **3** 249 Nr. 11.

Art. 207. Nach bisherigem Rechte bestimmt sich, ob der Vater oder die Mutter die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben. Wird das „ob" bejaht, dann richtet sich das „inwieweit" (Umfang und Inhalt der Rechte) nach dem BGB.; die Ausdrucksweise des Gesetzes ist also nicht ganz genau. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 422, 426 Anm. 10. Im Ergebnisse übereinstimmend Fuchs daselbst **44** 46.

Einerlei ist es für die Geltung des früheren Rechtes, ob die nichtige Ehe noch nach dem 1. 1. 00 weiter besteht oder nicht und ob die Kinder vor oder nach dem 1. 1. 00 geboren sind. Riedner zu Art. 207 Anm. 2; Habicht, Einw. 643; Sartorius, Komm. z. Personenstandsgesetz 218.

Art. 208. 1. a) Die Erforschung der Vaterschaft ist im bisherigen Geltungsbereiche des code civil für die unter dessen Herrschaft geborenen unehelichen Kinder auch ferner ausgeschlossen. Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 49.

b) Sie ist aber in diesem Gebiete jetzt zulässig, wenn das Kind unter der Herrschaft eines anderen Rechtes geboren ist; Art. 340 code civil ist als zwingendes Verbotsgesetz beseitigt. **RG.** DJZ. **01** 437, JW. **01** 477, RheinAVZ. **01** 64 ff.; Levi, DJZ. **00** 182; Scherer, JW. **00** 820, 821, 888; Schoeller, RheinAVZ. **00** 51 ff. und 172 ff.; Planck, Anm. 3a zu Art. 208; Maercker, Nachlaßbehandlung (17) 522.

Dagegen LG. Elberfeld, RheinAVZ. **00** 233, **01** 72 ff., auch DJZ. **01** 120; LG. Köln, RheinAVZ. **01** 11; LG. Cleve, das. 16; Wolff, das. **00** 59 ff.; Habicht, Einw. (3) 662 und 42 Anm. 1; Riedner zu Art. 208 Anm. 5; OLG. R. **2** 453 (Köln); Kaiser, DJZ. **00** 114.

c) Die Erforschung der Vaterschaft ist zulässig, wenn der Vater erst nach dem 1. 1. 00 seinen Wohnsitz in das vormals rheinische Rechtsgebiet verlegt hat: LG. Düsseldorf, RheinAVZ. **01** 142. Eine auf § 2 Bad. G. v. 21. 2. 51 gestützte Unterhaltsklage wird als nicht auf Vaterschaftserforschung gerichtet durch Art. 340 code civil nicht ausgeschlossen: OLG. Köln, RheinAVZ. **01** 17, DJZ. **02** 44.

Die Einrede der mehreren Beihälter bleibt ausgeschlossen, wo sie bisher unzulässig war: Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 49; Habicht, Einwirk. (3) 663. Hatte die Mutter als solche bisher das Recht, als Vertreterin ihres unehelichen Kindes zum Alimentationsprozesse zugelassen zu werden, so fällt dies Recht jetzt weg: Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 49.

Nach Brogsitter, R. **01** 202 ist auch nach dem 1. 1. 00 die Alimentationsklage gegen den außerehelichen Vater, welcher vor dem 1. 1. 00 in das Gebiet des vormaligen rheinischen Rechtes verzogen ist, unzulässig.

d) Das Reichsgericht begründet seine Entscheidung in dem Urtheile JW. **01** 477: Aufrecht erhalten durch Art. 208 Abs. 1 EG. z. BGB. ist auch der Grundsatz des französischen Rechtes, daß die Erforschung der Vaterschaft bei unehelichen Kindern untersagt ist; indessen ist der Grundsatz nur aufrecht erhalten für solche vor dem 1. 1. 00 geborene uneheliche Kinder, deren Rechtsverhältnisse materiell nach den Vorschriften des französischen Rechtes zu regeln gewesen sind. Das Verbot der Erforschung der Vaterschaft ist indessen auch als zwingende Norm aufgefaßt worden, die das Gericht im Gebiete des französischen Rechtes auch bei Rechtsverhältnissen, die sonst nicht nach französischem Rechte zu regeln waren, zur Anwendung zu bringen hatte; in dieser seiner zweiten Bedeutung ist der französisch-rechtliche Grundsatz durch Art. 208 nicht aufrecht erhalten worden.

Hierzu führt Brogsitter, R. **01** 347 aus: Durch Art. 208 ist Art. 340 code civil nicht nur insoweit aufrecht erhalten, als es sich um die materiellen Rechtsverhältnisse solcher unehelichen Kinder handelt, die vor dem 1. 1. 00 im Gebiete des vormaligen rheinischen Rechtes geboren sind, oder auf die dessen Normen aus einem anderen Grunde Anwendung finden, wie das Reichsgericht in dem vorstehenden Urtheil annimmt, sondern es besteht das Verbot der Erforschung der Vaterschaft des Art. 340 code civil in seiner weiteren Bedeutung als zwingendes Verbot für das Prozeßgericht auch noch fort, da der Gesetzgeber, wenn er seinen Worten nur die vom Reichsgericht anerkannte Bedeutung hätte geben wollen, einen entsprechenden Zusatz hätte machen müssen, und er ohne diesen durch den Wortlaut, der eine weitere Auslegung rechtfertigt, einen Zwiespalt des zwingenden Rechtes auch in dessen Anwendung auf das Recht des Prozeßgerichts zugelassen hat. Wie das RG. auch Kahn, Iherings J. **43** 407 ff.

2. Das im § 622 II. 2 ALR. dem Vater gegebene Recht ist als Theil der Unterhaltspflicht anzusehen und daher durch Art. 208 aufrecht erhalten. Macht die Mutter von ihrem Rechte gemäß § 1707 BGB. Gebrauch, so hört die Unterhaltspflicht des Vaters für das vor dem 1. 1. 00 geborene vier Jahre alte Kind auf. Maercker, Nachlaßbehandlung (17) 522; Fuchs, Gruchots Beitr. **44** 49; Arhausen, JW. **00** 718; Riedner zu Art. 208 Anm. 3; Habicht, Einwirk. (3) 664 f.

Auch das KG. hat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, daß das Recht des natürlichen Vaters aus § 622 II. 2 ALR., die Verpflegung des über vier Jahre alten Kindes selbst zu übernehmen, in Ansehung aller vor dem 1. 1. 00 geborenen unehelichen Kinder bestehen geblieben ist. DJZ. **00** 118; OLG. **2** 89; **4** 409; auch **2** 1. Dasselbe gilt für das sächsische Recht (§ 1870 Sächs. BGB.). LG. Leipzig, SächsA. **10** 386. Vgl. auch o. zu § 1708 Note 4.

A. M. Appel, R. **00** 488: Der § 622 II. 2 ALR. ist durch Art. 208 nicht aufrecht erhalten worden. Während dieser nur die Bestimmungen über die Unterhaltspflicht während der Uebergangszeit treffen will, regelt jener das Erziehungsrecht des Vaters. Ebenso Scherer, JW. **00** 819 (V).

3. Bei einem Erziehungsstreite darüber, ob die Uebernahme der Erziehung durch den Vater mit dem Wohle des Kindes vereinbar ist, bedarf es der Be-

stellung eines Pflegers: OLG. **3** 1, **4** 402 (KG.), DJZ. **01** 261. Nach Habicht, Einwirk. 665 steht die maßgebende Entscheidung darüber, ob Grund vorliegt, dem Vater das Kind vorzuenthalten, wie bisher dem Prozeßgerichte zu.

4. Auch die Höhe der Unterhaltsgelder bemißt sich nach dem bisherigen Rechte. Axhausen a. a. O. 718; Scherer a. a. O. 819 (IV).

Da durch die Vorschrift des Art. 208 die bisherigen Gesetze über bi Unterhaltspflicht des Vaters aufrecht erhalten sind, sind die bisherigen Bestim mungen über die gleichheitliche Verpflichtung der unehelichen Eltern zum Unterhalte bestehen geblieben. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **27** 260.

Ob Verzicht auf den Unterhaltsanspruch zulässig ist, entscheidet das bisherige Recht; ist danach Verzicht möglich, so findet § 1714 Abs. 1 nach Art. 210 Anwendung. Planck zu Art. 208 Anm. 7c.

5. Brautkinder treten überall da, wo sie bisher bevorzugt waren, in die elterliche Gewalt der Mutter, wenn nicht ausnahmsweise die elterliche Gewalt des Vaters eintritt. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 421; Einwirk. 666 Anm. 3. Vgl. auch o. zu § 1705.

6. Ob ein vor Inkrafttreten des BGB. geborenes Kind ehelich oder unehelich ist, bestimmt sich nach bisherigem Rechte. Sartorius, Personenstandsges. 161.

7. Kollrack, Namen und Namenänderung — s. auch o. zu § 1706 — führt (59, 77) aus: Obwohl nach dem Wortlaute des Art. 208 für das Recht eines vor dem Inkrafttreten des BGB. geborenen unehelichen Kindes, den Familiennamen des Vaters zu führen, die bisherigen Gesetze maßgebend sind, wird es nicht an Billigkeitsgründen fehlen, eine von der bisherigen abweichende mildere Praxis in geeigneten Fällen einzuhalten. Solche Billigkeitsgründe werden besonders in Fällen zu erblicken sein, in denen das uneheliche Kind den Namen des Vaters mit dessen Willen und Wissen stets geführt hat, und, falls es den eigentlichen Namen annehmen und führen müßte, ohne eigenes Verschulden große Schwierigkeiten im weiteren Fortkommen erleiden könnte.

8. Die Vorschrift des Art. 208 gewährt keinen Anhaltspunkt dafür, daß sie nur für die vor dem 1. 1. 00 geborenen unehelichen Kinder maßgebend sein soll, die zu diesem Zeitpunkte noch leben. Der Art. 208 muß ausdehnend ausgelegt werden und erstreckt sich auch auf solche unehelichen Kinder, die zwar vor dem 1. 1. 00 gestorben sind, aber Abkömmlinge hinterlassen haben. LG. Mainz, OLG. **5** 36. Vgl. OLG. **2** 25 (München).

Art. 209. 1. Ein nach Theil III Tit. 118 §§ I, IV der Landgerichtsordnung f. d. Herzogthum Franken von 1618 und VO. 9. 4. 1791 eingekindschaftetes Kind ist als angenommenes im Sinne des Art. 209 EG. zu betrachten. OLG. München, Seuff. A. **56** 139; Habicht, Einwirk. 655; a. M. OLG. **1** 122 (Bamberg), das ausführt: Die väterliche Gewalt über eingekindschaftete, uneheliche Kinder hört nach dem 1. 1. 00 auf. Die Vorschrift des Art. 209 findet keine Anwendung, da dort nur von der Annahme an Kindesstatt und Legitimation die Rede ist, die von dem Einkindschaftsverhältniß in Voraussetzungen und Wirkungen gänzlich verschieden sind. Aus der Nichterwähnung muß gefolgert werden, daß das Einkindschaftsverhältniß nach dem Willen des Gesetzes nicht über den 1. 1. 00 hinaus fortbestehen soll. Ebenso Niedner, Anm. 5 zu Art. 209; Planck, Anm. 5 zu Art. 209; Schanz, BayrNotZtg. **01** 173 ist für die Fortdauer der elterlichen Gewalt, indem er Art. 203 für anwendbar hält.

Tritt nach bisherigem Rechte bei der Annahme an Kindesstatt das Vermögen des Kindes nicht in die Verwaltung oder Nutznießung des Annehmenden, so verbleibt es dabei. Habicht, Gruchots Beitr. **42** 423 und Einw. (3) 652 Anm. 1 (mit Rücksicht auf § 1767 BGB. s. auch das. 656 oben); Planck, Anm. 2 zu Art. 209.

Bei Adoption durch beide Ehegatten erhält aber die Mutter nach dem Tode des nutznießenden Vaters mit der elterlichen Gewalt auch die Nutznießung, während dies bisher nicht der Fall war. Habicht 428; Fuchs, Gruchots Beitr. 44 52 spricht sich dagegen allgemein für den Eintritt der Verwaltung und Nutznießung nach BGB. aus, falls das bisherige Recht den Eltern die Rechte ehelicher Eltern zuspricht. Ebenso Märcker, Nachlaßbehandlung (17) 516, der trotz §§ 694 ff. ALR. II. 2 den Adoptiveltern Verwaltung und Nutznießung am Kindesvermögen giebt. Ebenso Niedner, Anm. 2 zu Art. 209 (Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen der Adoption und Ausdehnung des Art. 203 auf andere als leibliche Eltern).

2. Im Rheinischen Rechtsgebiet trat legitimatio per subsequens matrimonium nur ein, wenn die Anerkennung spätestens bei der Heirath erfolgte; die Anerkennung kann nicht nach dem 1. 1. 00 nachgeholt werden, da sie kein nach BGB. bedeutsamer Rechtsakt ist. OLG. 1 189 (KG.); Scherer, JW. 00 820 (VIII); Niedner, Anm. 1a zu Art. 209; Habicht, Einw. 647, der aber Wiederholung der Eheschließung nach § 1309 Abs. 1 Satz 2 BGB. genügen läßt. Erfolgt die Heirath nach dem 1. 1. 00, so tritt die legitimatio nach dem BGB. nothwendig ein. Scherer a. a. O. 820 (VIII), 888. Auch bei Erbfällen des neuen Rechtes entscheidet das alte Recht über das Erbrecht des legitimirten Kindes und der Familie des Legitimirenden. Das gemeinrechtliche Erbrecht zwischen dem Kinde und den agnatischen Verwandten des Annehmenden fällt aber weg, da der Begriff der agnatischen Verwandtschaft beseitigt ist; ebenso die Vorschriften zum Schutze des Pflichttheilsrechts der Verwandten oder Erbrechts des Ehegatten des Annehmenden. Habicht, Einw. 651—653.

3. Ueber das elterliche Einwilligungsrecht zur Eheschließung handelt ausführlich Sartorius, Personenstandsgesetz 227 ff. Er hebt (191) hervor, daß einer unter der Herrschaft des französischen Rechtes vollzogenen Ehe die Wirkung der Legitimation nicht nachträglich durch eine unter der Herrschaft des BGB. erfolgte Anerkennung beigelegt werden könne.

Art. 210. I. Abs. 1. 1. Die nach früherem preußischen Rechte durch Testament befreiten Vormünder und Pfleger sind jetzt nur soweit befreit, als dies das BGB. zuläßt. KGJ. 20 A 220; Hesse, VormR. 164; Schultzenstein-Köhne 339.

Die im Testament ausgesprochene Befreiung von der Rechnungslegung schließt nicht eine Befreiung von der gesetzlich vorgeschriebenen Anlegung von Mündelgeldern in sich. OLG. 2 39 (KG.).

Schultheis, VormR. 317 beurtheilt die Berechtigung des vor 1900 verstorbenen Elterntheils zur Anordnung von Befreiungen der Vormünder nach bisherigem Rechte. Habicht, Einw. (3) 683 hält auch die Anordnung einer Befreiung durch die wiederverheirathete, vor 1900 gestorbene Mutter, die bis zum Tode Vormund war (§ 17 Nr. 4 Pr. VormO.), für fortdauernd wirksam. A. M. Planck zu Art. 210 Anm. 4h, der die materiellen und formellen Voraussetzungen des BGB. unbeschadet des Art. 214 immer erfordert.

2. Nach BGB. ist eine Pflegschaft über eine geschäftsfähige, durch letztwillige Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkte Person unzulässig und eine früher eingeleitete am 1. 1. 00 beendet. Die Anordnung kann unter Umständen als ein Ersuchen an das Gericht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen (§ 2200 BGB.), verstanden werden, wofür das Vormundschaftsgericht zuständig ist. KGJ. 20 A 21, auch DJZ. 01 309 (KG.); OLG. 3 117, 4 123; Niedner zu Art. 210 Anm. 2; Habicht, Einw. (3) 671; Schultetus, VormR. 240 Anm. 2; LG. Darmstadt, HessRspr. 1 180; a. M. Henschel, DJZ. 02 577.

3. Die Frage, ob dieser Testamentsvollstrecker der Uebergangszeit unter gerichtlicher Aufsicht steht, wird verneint vom KGJ. 20 A 26 (oben), Habicht, Einw. 636, bejaht vom LG. Kassel, CBlFrG. 1 772, Habicht, Einw. 673 in allen Fällen, in denen bisher eine Verwaltung in Form der Pflegschaft mit Gerichtsaufsicht stattfand. Nachlaßpflegschaften gemäß dem BGB. giebt es nicht für Erbfälle aus der Zeit vor dem 1. 1. 00; für sie kann aber auch keine Pflegschaft mehr auf Grund des § 90 Pr. VormO. (§§ 400 ff., 471 I. 9 ALR.) eingeleitet werden, da dieser aufgehoben und Art. 210 dem entgegen ist. In solchem Falle ist aber eine Pflegschaft nach § 1913 BGB. zulässig. RG. DJZ. 01 214; OLG. 1 386. Planck Anm. 2 k zu Art. 213 (400), Habicht (3) 684 Anm. 3.

Bestehende Nachlaßpflegschaften werden vom Vormundschaftsgerichte weiter beaufsichtigt; Art der Beendigung nach § 1919 BGB., Voraussetzungen nach früherem Rechte OLG. 5 366 (KG.), ebenso Habicht, Einw. 684 (Befugnisse nach neuem Vormundschaftsrechte). Die Aufrechterhaltung der vor dem 1. 1. 00 in Folge einer Zuwendung unter Lebenden eingeleiteten Descendenzpflegschaft entscheidet sich danach, ob zur Zeit der Zuwendung Rechtsfähigkeit der Deszendenz anzunehmen war; ebenso bei Zuwendungen von Todeswegen, soweit die Erwerbsfähigkeit der Deszendenz nach bisherigem Rechte gegeben war (Art. 213). Henschel, DJZ. 02 577 f.

4. Die Anlegung von Mündelgeldern hat vom 1. 1. 00 ab nach §§ 1807 ff. BGB. zu erfolgen. OLG. 2 168 (KG.)

Die Ummandlung der am 1. 1. 00 bestehenden Anlagen in mündelsichere Anlagen des neuen Rechtes kann nicht ohne Weiteres vom Vormundschaftsgerichte verlangt werden, da dies häufig zu Verlusten führen würde. LG. Mainz, HessRspr. 1 22.

Nach Habicht, Einw. 677 braucht eine frühere Anlage nicht rückgängig gemacht zu werden, der Vormund muß aber den im § 1809 BGB. vorgeschriebenen Vermerk hinzufügen lassen, ebenso Planck zu Art. 210 Anm. 4d.

5. Ist der Vater vor 1900 auf Grund testamentarischer Anordnung als Pfleger für das seinen Kindern zugewendete Vermögen bestellt, so ist jetzt diese Pflegschaft aufzuheben, da das gesammte Vermögen des Kindes nach §§ 1627, 1630, 1651 BGB. der Verwaltung des Vaters kraft seiner Gewalt untersteht. Dies gilt auch für das freie Vermögen. Bei dem einem Kinde testamentarisch zufallenden Vermögen ist die Verwaltung des Vaters nur dann ausgeschlossen, wenn dies der Erblasser letztwillig ausdrücklich angeordnet hat (§ 1638 Abs. 1 BGB.). OLG. 2 473 (KG.).

6. Pflegschaften über geistig Gebrechliche, die vor dem 1. 1. 00 nach § 90 Pr. VormO. ohne die Zustimmung des Betroffenen eingeleitet worden sind, müssen mangels der nachträglichen Einwilligung aufgehoben werden, wenn die Pfleglinge zu einer Erklärung rechtlich im Stande sind. Harnier, DJZ. 01 338; Habicht, Einw. 674 Anm. 2, 676, 58.

7. Habicht, Einw. (3) 675 dehnt den Art. 210 mit Rücksicht auf seinen Zweck und die Entstehungsgeschichte des Art. 211 auch auf Beistandschaften des früheren Rechtes, so die des französischen über Emanzipirte und Verschwender, aus, läßt diese in Vormundschaften übergehen und den Beistand als Vormund im Amte bleiben. A. M. Planck zu Art. 210 Anm. 8; Niedner zu Art. 210 Anm. 2aγ (Neubestellung des Vormundes).

8. Das vor dem 1. 1. 00 entstandene gesetzliche Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormundes bleibt wirksam auch für spätere Ansprüche und ergreift später erworbene Grundstücke. Habicht, Einw. (3) 679, 680; Niedner (2) zu Art. 210 Note 2aγ. Kein Recht des Vormundes auf Entlassung Habicht a. a. O.; dagegen Planck zu Art. 210 Anm. 4g, der einen Anspruch auf

Entlassung bei Ablehnung der Aufhebung der Sicherheit durch das Vormundschaftsgericht giebt.

II. Abs. 2. 1. Satz 1: Nicht nur die bestellten, sondern auch die gesetzlichen Vormünder bleiben im Amte. **RG. 48** 355 (unter Bezugnahme auf KGJ. **19** 43 und BadJMErl. 6. 1. und 26. 2. 00); R. **01** 144; JW. **01** 183; OLG. **1** 119 (Jena), **1** 299 (Hamm); Hesse 6; Riedner zu Art. 210 Anm. 4; Habicht, Einw. 685, 659; Schultheis, VormR. 313 Anm. 18; a. M. Schultetus, VormR. 240.

Wegen der unehelichen Mutter im Großherzogthum Hessen s. Hess. JMAusschr. 5. 2. 00, HessRspr. **1** 12 und LG. Gießen das. **1** 10.

2. Satz 2: In Rheinhessen besteht eine entsprechende Vorschrift nicht, dort ist der Familienrath seit dem 1. 1. 00 nicht mehr im Amte. LG. Mainz, HessRspr. **1** 53; OLG. Darmstadt, das. 113; JW. **00** 358, 734.

In Preußen ist auch der Familienrath insoweit aufrecht erhalten, als nach § 1905 Abs. 2 BGB. die Einsetzung nicht hätte erfolgen können. Schultzenstein-Köhne zu Art. 210 Anm 3; Planck zu Art. 210, Anm. 7.

3. Satz 3: Der Gegenvormund ist nicht schon dann zu entlassen, wenn die Bestellung nach BGB. nur zugelassen, nicht aber geboten, sondern nur wenn sie ausgeschlossen ist, z. B. nach § 1904 BGB. Schultheis 314; Habicht a. a. O. 688 nimmt an, daß die Bestellung eines Gegenvormundes in keinem Falle nach BGB. verboten ist und die Entlassung vom freien Ermessen des Gerichts auch im Falle des Satzes 3 abhänge, soweit die Bestellung nicht im BGB. geboten sei (s. aber das. 634 Anm. 2); ebenso Schultetus 236.

III. Die Belehrungspflicht des Vormundschaftsrichters gemäß §§ 768, 787 II. ALR. über den Eintritt der Gütergemeinschaft nach erlangter Volljährigkeit ist eine güter-, keine vormundschaftsrechtliche Vorschrift, fällt daher nicht nach Art. 210 weg. Kadgien, DJZ. **00** 829; Kuhbier, Gruchots Beitr. **45** 829 Anm. 1 (s. 830 Anm. 1). Verzichtet der Vormund nach dem 1. 1. 00 gemäß § 783 II. 18 ALR. auf die Rechtswohlthat der Suspension der Gütergemeinschaft, so bedarf er (nicht nach § 783 a. a. O., wohl aber nach § 1437 Abs. 2 BGB.) der obervormundschaftlichen Genehmigung. Kuhbier a. a. O. 831.

Nicht unter Art. 210 fällt die deutsch-rechtliche Kuratel über Verschollene (vorläufige Ausantwortung des Vermögens an die Erben); für sie gilt Art. 161 EG. Daneben im Bedürfnißfalle Abwesenheitspflegschaft. Habicht, Einw. 691 und 85, 98; Schultetus 241.

Art. 212. Der Vormund kann nicht angehalten werden, die Umwandlung der Anlage des Mündelvermögens binnen kurzer Frist in eine der Vorschrift des § 1807 BGB. und Art. 212 EG. entsprechende Vermögensanlage herbeizuführen. LG. Mainz, HessRspr. **1** 22: R. **00** 542.

Art. 213. 1. Aus Art. 213 folgt, daß, wenn der Erblasser unter der Herrschaft des BGB. gestorben ist, dessen Vorschriften für die erbrechtlichen Verhältnisse maßgebend sind. **RG. 50** 181 ff., R. **02** 238.

Ist durch ein nach dem 1. 1. 00 erlassenes Urtheil gemäß § 18 BGB. als Todestag ein Tag festgesetzt, der vor den 1. 1. 00 fällt, so ist für die Erbfolge das frühere Recht maßgebend. BayrObLG. **2** 213, R. **01** 564.

2. a) Ueber den Begriff der erbrechtlichen Verhältnisse im Art. 213: Planck, Anm. 3 zu Art. 24 (78), Anm. 3 zu Art. 25 (82, 83), Anm. 2 zu Art. 213 (397); Habicht (3) 694 f., Maercker, Nachlaßbehandlung (17) 4. Das **RG. 46** 73 sagt darüber: Der Begriff der erbrechtlichen Verhältnisse des Art. 213 ist im weitesten Sinne zu verstehen und umfaßt alle Verhältnisse, die mit dem Antritt und dem Erwerb einer Erbschaft im Zusammenhange stehen.

Ein unter Art. 213 fallender erbrechtlicher Anspruch kann nicht zugleich als ein Schuldverhältniß im Sinne des Art. 170 angesehen werden. Es steht an sich nichts entgegen, die rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts, je nachdem dadurch ein Schuldverhältniß begründet ist oder erbrechtliche Folgen daraus hergeleitet werden sollen (z. B. bei Schenkungen) nach verschiedenen Gesetzen zu bestimmen. Das Rückfallsrecht der Aszendenten, wonach ihnen mit Ausschluß aller Anderen ein Anspruch auf diejenigen Sachen zusteht, die sie ihren ohne Nachkommen gestorbenen Kindern oder Deszendenten geschenkt haben, wenn die geschenkten Gegenstände sich noch in der Erbschaft vorfinden, ist ein Erbrecht und kein Forderungsrecht. Daher ist Art. 213 darauf anzuwenden und, wenn der Beschenkte nach dem 1. 1. 00 gestorben ist, steht dem Schenker das Rückfallsrecht des Art. 747 code civil nicht mehr zu. **RG. 50** 181 ff., JW. **02** Beil. 197, R. **02** 238.

b) Die Ausgleichungspflicht der Erben unter einander bildet ein erbrechtliches Verhältniß. **RG.** DJZ. **02** 509. Desgleichen die Erbauseinandersetzung. KGJ. **20** A 81, A 156, **21** A 236. Dagegen aber Wolff, CBlFrG. 3 273 ff.

c) Ist der Tod eines Ehegatten vor dem 1. 1. 00 erfolgt, so bestimmen sich sowohl Rechte als Pflichten der Ehegatten in Bezug auf die Gütergemeinschaft gemäß Art. 210, als auch die erbrechtlichen Verhältnisse gemäß Art. 213 nach bisherigem Rechte. LG. Colmar, R. **01** 19.

Erbrechtliche Verhältnisse betreffen auch die Vorschriften, welche von der Feststellung des Nachlasses durch Errichtung eines Nachlaßinventars handeln. OLG. Frankfurt a. M., R. **02** 74.

d) Insbesondere gehört zu den erbrechtlichen Verhältnissen des Art. 213 auch das Verhältniß zwischen dem Erben und dem vom Erblasser berufenen Testamentsvollstrecker. Zur Entscheidung der Frage, ob ein Testamentsvollstrecker, der von einem vor dem 1. 1. 00 verstorbenen Testator berufen ist, wegen Pflichtwidrigkeit zu entlassen ist, ist daher in Preußen nach wie vor das Prozeß- und nicht auf Grund des § 2227 BGB. das Nachlaßgericht zuständig. **RG. 46** 70 ff.; JW. **00** 466; DJZ. **00** 301; R. **00** 284, 374; KGJ. **20** A 156; OLG. **1** 347 (Rostock), 348 (Stettin); **RG. 50** 181 ff.; JW. **02** Beil. 197; R. **02** 238; Planck 399 Anm. 2n; Habicht (3) 695 Anm. 2.

e) OLG. Frankfurt a. M., R. **02** 264: Die Frage, ob eine beim Gericht aufbewahrte letztwillige Verfügung gerichtlich zu eröffnen ist, ist da auch das Verfahren der Oeffnung und Bekanntmachung letztwilliger Verfügungen unter den Begriff der erbrechtlichen Verhältnisse fällt, nach dem zur Zeit des Todes des Erblassers geltenden Rechte und zwar nach demjenigen des Aufbewahrungsorts zu entscheiden.

Nach Koerner, R. **01** 94 ff. ist bei der Eröffnung eines vor dem 1. 1. 00 errichteten und nach diesem Tage zu eröffnenden gemeinschaftlichen Testaments dasselbe Verfahren anzuwenden wie bei den gemeinschaftlichen Testamenten des BGB. Dies gilt sowohl für die nach ALR. als auch nach gemeinem Rechte errichteten Testamente. Jedoch muß der Erbfall unter dem BGB. eingetreten sein, anderenfalls gelten die erbrechtlichen Vorschriften der bisherigen Gesetze auch für die Eröffnung eines Testaments und die Verkündung des letzten Willens. Vgl. KGJ. **20** A 156 ff.

Ebenso jetzt Niedner (2) 466 Anm. 2bδ gegen seine frühere Ansicht, R. **00** 185 ff., wo er ausführt, daß das Verfahren bei Eröffnung gemeinschaftlicher oder wechselseitiger vor dem 1. 1. 00 errichteter Testamente sich stets nach neuem Rechte und nur soweit gewisse erbrechtliche Verfahrensvorschriften mit Voraussetzungen und Wirkungen der Erbfolge in untrennbarem inneren Zusammenhange stehen, z. B. diejenigen über das Erbeslegitimationsverfahren in Betreff eines vor dem 1. 1. 00 verstorbenen Erblassers, nach altem Rechte richtet.

3. Ueber den Begriff des Erblassers im Sinne des Art. 213 (mit besonderer Berücksichtigung des früheren sächsischen Rechtes): du Chesne, CBlFrG. 2 869.

4. Lebram, CBlFrG. 2 593: Bemessen sich die Erbquoten aus einer vor dem 1. 1. 00 errichteten letztwilligen Verfügung, die erst nach diesem Zeitpunkt in Wirksamkeit tritt, nach dem alten oder dem neuen Rechte? führt aus, daß überall dort, wo der Erblasser über die Regelung seines Nachlasses letztwillig das Gesetz entscheiden läßt, die Bestimmungen des BGB. heranzuziehen sind. Hat also der Erblasser in seiner vor dem 1. 1. 00 errichteten, jedoch nach diesem Tage erst in Wirksamkeit tretenden Verfügung zu seinen Erben die gesetzlichen Erben ohne weiteren Zusatz berufen, so bestimmt sich ihr Kreis nicht nach altem, sondern nach neuem Rechte. Ebenso Habicht (3) 746; s. auch CBlFrG. 1 56 ff. (Beschl. AG. Krefeld, LG. Düsseldorf).

5. Streitig ist die Fähigkeit juristischer Personen zum Erwerb ihnen vor dem 1. 1. 00 gemachter Zuwendungen von Todeswegen. Habicht (3) 700 Anm. 1 behauptet, daß, wenn der Erbfall vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist, Art. 86 (s. oben) nicht gilt. Es ist nach den bisherigen Gesetzen zu prüfen, ob sie den Erwerb überhaupt und in welchem Betrag ohne staatliche Genehmigung vornehmen darf. Francke, Seuff. Bl. 65 341 will aber Art. 86 durchgreifen lassen, auch wenn das den Erwerb begründende Rechtsgeschäft sich vor dem 1. 1. 00 vollzogen hat.

6. Möller, R. 00 412 ff. führt aus, daß das alte Recht auch in formeller Beziehung auf Erbfälle vor dem 1. 1. 00 anzuwenden ist. Daher greifen die von den Vorschriften der bisherigen Landesrechte abweichenden Bestimmungen der Reichsgrundbuchordnung in Betreff der erbrechtlichen Verhältnisse nicht Platz, wenn die Erbfolge schon vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist (so in den Fällen der §§ 36, 52, 53 GBO.).

7. Ueber den Erwerb des grundbuchmäßigen Eigenthums an vermachten Nachlaßgrundstücken: Planck 398 Anm. 2c, Habicht (3) 702, RG. JW. 01 50, OLG. 1 21 (KG.). Das Recht des Nacherben ist, wenn ein Vorerbe die Eintragung seines Eigenthums an einem Nachlaßgrundstücke verlangt, auch wenn der Erbfall vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist, auf Grund des § 52 RGBO. von Amtswegen einzutragen. A. M. Niedner (2) 468 Anm. 2ββ.

8. Auf die Regulirung des Nachlasses eines vor dem 1. 1. 00 Verstorbenen und die Bewilligung des Armenrechts hierbei finden nicht die Vorschriften des FrGG., sondern die über das bisherige Verfahren Anwendung. OLG. 2 170, 470 (KG.).

Ein uneheliches Kind hat gegen seinen nach dem 1. 1. 00 verstorbenen Erzeuger auch dann kein gesetzliches Erbrecht, wenn es ihm in einem vor diesem Zeitpunkt ergangenen Urtheile vorbehalten oder zugesprochen war. OLG. 3 119 (KG.).

9. Erbschein. Kadgien führt im R. 00 434, 435 aus, daß die Vorschriften der §§ 2353ff. BGB. über die Ertheilung eines Erbscheins auch auf die vor dem 1. 1. 00 eingetragenen Erbfälle Anwendung finden. Art. 213 EG. und § 189 FrGG. stehen dem nicht entgegen. Ebenso Börner, DJZ. 02 75; CBlFrG. 1 336, 468 (KG.).

Dagegen aber die herrschende Meinung, wonach unter den Begriff erbrechtliche Verhältnisse nicht nur das materielle Erbrecht, sondern auch das erbrechtliche Verfahren und die den Erbschein betreffenden Vorschriften fallen, diejenigen des BGB. hierüber aber auf Erbfälle vor dem 1. 1. 00 keine Anwendung finden. Ettlinger, Erbschein 107ff.; Laue, DJZ. 01 235; Märcker (17) 347; Habicht (3) 696 Anm. 1; Fuchs, Gruchots Beitr. 54 60; Planck 400 Anm. 21; OLG. 1 33 (Rostock), 3 112 (KG.); RG. Gruchots Beitr. 45 49;

JW. 00 266, 307, 354; LG. Jena, CBlFrG. 1 132 ff.; R. 00 517; Bayr. OLG., R. 01 262; LG. Kiel, Schlesw. Holst. Anz. 00 177; R. 00 517; Posen, PosMsch. 00 52; R. 00 374.

Ist der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben, so sind für die Ertheilung des Erbscheins die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend. OLG. Dresden, CBlFrG. 3 19 ff.

Ueber die Ertheilung eines Erbscheins nach bisherigem preußischen Rechte (nur an den gesetzlichen, nicht an den Testamentserben) s. du Chesne, Gruchots Beitr. 45 49 ff.; Seuff. Bl. 66 329.

Da das Erbscheinsverfahren in Betreff einer vor dem 1. 1. 00 verstorbenen Person sich nach früherem Rechte richtet, ist der Grundbuchrichter nicht gehalten, einen dennoch nach neuem Rechte ausgestellten Erbschein bezüglich einer früher verstorbenen Person anzuerkennen und als Legitimation gelten zu lassen. OLG. 5 236 (KG.).

10. Ist ein Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben, so kann nach diesem Zeitpunkt eine Nachlaßpflegschaft aus §§ 1960, 1961 von einem Nachlaßgläubiger nicht beantragt und eingeleitet werden, es kann für die Möglichkeit einer Pflegschaft nur § 1913 BGB. anwendbar sein, wenn für das Interesse eines unbekannten oder ungewissen Berechtigten Sorge getragen werden muß. OLG. 1 386 (KG.), R. 00 543; Habicht (3) 696 Anm. 2, 684 Anm. 3.

Die Pflegschaft über eine geschäftsfähige, in der Verfügung über eine Zuwendung durch letztwillige Anordnung beschränkte Person ist nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht mehr zulässig und daher mit diesem Zeitpunkte beendet. Die Anordnung kann indessen dadurch aufrecht erhalten werden, daß das Gericht einen Testamentsvollstrecker ernennt, der als solcher das der Verfügung des Bedachten entzogene Vermögen verwaltet. KGJ. 21 A 21 (KG.); R. 00 374.

11. Planck 400 Anm. 2m führt gegen Habicht (3) 715, 716 aus, daß der Erbschaftskauf nach dem BGB. kein erbrechtliches, sondern ein obligatorisches Rechtsgeschäft ist, aber ein nach dem 1. 1. 00 abgeschlossener Erbschaftskauf, selbst wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben ist, nach altem Rechte beurtheilt werden muß. Ebenso OLG. 2 242 (KG.).

12. Beerbung in der Uebergangszeit nach westfälischem Güterrecht: OLG. 5 181 (KG.), nach lübischem Rechte das. 182 (KG.).

Art. 214. I. Abs. 1. 1. Rückgabe eines vor dem 1. 1. 00 errichteten Testaments s. o. Ziff. 3 zu § 2256.

2. a) Eröffnung eines in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Testamentes, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben s. o. Ziff. 7 zu § 2260.

b) Das nach früherem Rechte zulässige Verbot der Testamentseröffnung durch den Erblasser bleibt auch nach dem 1. 1. 00 gültig, wenn es in einem vor dem 1. 1. 00 errichteten Testament enthalten ist. LG. Ulm, WürttZFrG. 01 3; R. 01 410.

c) Bei Abgabe von Testamenten, die vor dem 1. 1. 00 errichtet sind, ist nach preußischem Rechte auch die Uebersendung des Annahme-Eröffnungsprotokolls und des Testamentsumschlags geboten. LG. Glogau, CBlFrG. 1 141; R. 00 517.

3. Nach Planck, Anm 2d zu Art. 214, 402 und Habicht 732 wird eine vor dem 1. 1. 00 letztwillig angeordnete Pupillar- und Quasipupillarsubstitution nicht durch Art. 214 aufrecht erhalten, da das BGB. diese Rechtsinstitute nicht kennt.

Ob der Pflichttheilsberechtigte gegen den vom Erblasser Beschenkten Anspruch auf Herausgabe des Geschenks hat (§ 2329 BGB.), wenn die Schenkung vor dem 1. 1. 00 erfolgt ist, ist zweifelhaft. Für Verneinung Habicht (3)

734 Anm. 1; Scherer 241 Nr. 336, für Bejahung Planck, Anm. 430 3c, Riedner (2) 469 Anm. 3a.

4. Ist der Erblasser nach dem 1. 1. 00 verstorben, so erhält der Inhalt seines vorher errichteten Testaments seine rechtliche Bedeutung aus dem BGB. Bei seiner Auslegung und Ermittelung des wirklichen Willens des Erblassers ist daher auf die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und die Ausdrucksweise der Errichtungszeit zurückzugehen. OLG. 2 114 ff. (Köln), 372 (KG.); KGJ. 22 A 52; OLG. 3 257 (KG.); Metzges, CBlFrG. 2 604.

Dies ist jedoch streitig. Planck 403, 404 Anm. 3d; Habicht 741 ff., 746 ff.; Riedner (2) 470 Anm. 3b wollen die Auslegungsregeln des BGB., namentlich § 133, daß der wirkliche Wille des Erblassers festzustellen ist, anwenden. Abweichend Scherer 254, 255 Nr. 265.

5. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in einem vor dem 1. 1. 00 im Gebiete des ALR. errichteten Erbvertrag ist, da nach Art. 214 EG. die vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtete letztwillige Verfügung nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt wird, zulässig. Die Wirkungen des durch die Ernennung begründeten Rechtsverhältnisses beurtheilen sich aber nach BGB. RG. JW. 01 322; R 01 262, 263.

6. Ueber Aufhebung eines unter ALR. errichteten gemeinschaftlichen Testamentes s. o. Ziff. 7 zu § 2271.

7. Ueber unrichtige auf Grund des alten Rechts ertheilte Erbbescheinigungen s. o. Ziff. 9 zu § 2361.

II. Abs. 2. 1. Der Widerruf eines vor 1. 1. 00 im Gebiete des ALR. errichteten wechselseitigen Testaments ist eine Frage der Bindung des Erblassers und richtet sich auch nach dem 1. 1. 00 nach ALR. RG. JW. 02 Beil. 210; OLG. 2 471 (KG.); KGJ. 22 A 25; R. 01 437, 540.

2. Ist in einem vor 1. 1. 00 geschlossenen Erbvertrag ein erst nach diesem Zeitpunkte Pflichttheilsberechtigter, z. B. ein Ehegatte, übergangen, so kann er den Erbvertrag in der Uebergangszeit doch anfechten, trotzdem der Erblasser kein Anfechtungsrecht hatte. OLG. 4 129 ff. (Jena); R. 02 46, 210; CBlFrG. 2 663 ff.

Ein im Gebiete des rheinischen Rechtes vor dem 1. 1. 00 geschlossener Ehevertrag kann, wenn die Ehe vor dem 1. 1. 00 geschieden worden ist, durch ein zu Gunsten eines Dritten später errichtetes Testament des schuldigen Ehegatten nicht abgeändert werden. OLG. 4 446 ff (Köln); R. 02 351.

3. Ein vor dem 1. 1. 00 errichteter Ehevertrag, wonach bei dem Tode eines Ehegatten der Ueberlebende die ganze Errungenschaft und von dem Nachlasse, soweit gesetzlich zur Zeit des Todes zulässig, Alles dem Eigenthume nach erben soll, macht den überlebenden Ehegatten, wenn der andere nach dem 1. 1. 00 stirbt, zum Alleinerben und läßt den Kindern nur den Pflichttheil. LG. Elberfeld, R. 00 214.

4. Scherer, EG. 244—246 Nr. 345; R. 01 381, 382; Puchelts Z. 33 117—121, 182—188; 34 497 ff. erörtert die Frage, ob im Gebiete des früheren französischen Rechtes ein Ehegatte, wenn ihm der andere vorverstorbene bei Lebzeiten vor Inkrafttreten des BGB. durch Vertrag oder Verfügung von Todeswegen Zuwendungen gemacht hat, das Wahlrecht zwischen den Zuwendungen nach Artt. 1094, 1098 code civil und dem vollen gesetzlichen Erbtheile (§§ 1931, 1932, 2303) des BGB. oder nur dessen Pflichttheil hat.

Lenel, Puchelts Z. 32 (01) 220 ff., 228, Habicht (3) 751 und das RG. 49 44 ff., JW. 01 645 ff., Puchelts Z. 32 652, Seuff. A. 57 283 gewähren nur das Wahlrecht zwischen der Zuwendung und dem Pflichttheile. Der überlebende Ehegatte erhält nur den Kindestheil, ist dieser geringer als der

Pflichttheil des Ehegatten, so erhält er den Fehlbetrag in Geld, also auf alle Fälle den Pflichttheil des BGB. So auch OLG. Köln, Puchelts Z. 32 191, 198, RheinA. 01 81 ff., 86—87; R. 01 387; KGJ. 22 A 52; RheinAVZ. 01 (19) 19 ff.; OLG. 2 116. Das OLG. Colmar (OLG. 4 133) gewährt dem bedachten Ehegatten die Wahl zwischen dem ihm im Ehevertrage Vermachten oder seinem gesetzlichen Erbtheil. (Näheres hierüber s. o. Ziff. 5 zu § 2301.) Ist dem überlebenden Ehegatten vor dem 1. 1. 00 die lebenslängliche Nutznießung an dessen Nachlaß durch Schenkung vermacht, so hat er im Falle des Todes des anderen Ehegatten nach diesem Zeitpunkte die Wahl zwischen der Annahme des Vermächtnisses oder dem gesetzlichen Pflichttheil: OLG. Colmar 4 442 ff.; Els. Lothr. JZ. 02 246 ff.; R. 02 181. Ebenso trotz der Bestimmung des HessAG. z. BGB. Art. 155; LG. Mainz, HessRspr. 3 108; anders OLG. Darmstadt, Puchelts Z. 34 165 ff.; HessRspr. 3 139 (Scherer a. a. O. 501, 502); Rau, HessRspr. 3 133 ff.

Scherer selbst ist der Meinung, daß der überlebende Ehegatte von Anfang an das Wahlrecht zwischen der Zuwendung und dem vollen Erbrechte des BGB. gewährt, ebenso Hangen, Puchelts Z. 33 274, 435 und das badische Justizministerium, BadRpr. 00 183 (auch bei Scherer, Puchelts Z. 33 117). Imhoff, RheinAVZ. 00 268, DJZ. 01 480, 481 bekämpft die Rechtsprechung des OLG. Köln und will dem überlebenden Ehegatten den Kindestheil und den gesetzlichen Erbtheil des BGB. zubilligen (andere Schriftsteller derselben Ansicht, s. bei Scherer, Puchelts Z. 34 503).

Gegen Scherer wendet sich Habicht (3) 751 Anm. 2 in eingehender Darlegung, desgleichen gegen Scherers Ansicht, daß die in dem hessischen (Art. 155) und dem mecklenburgischen (Art. 264) Ausführungsgesetze zum BGB. über diese Frage enthaltenen Bestimmungen je für das links- und rechtsrheinische Deutschland das Richtige träfen.

Metzges, CBlFrG. 2 604 giebt dem überlebenden Ehegatten das Wahlrecht zwischen dem gesetzlichen und dem testamentarischen Erbtheile nach § 1948 Abs. 1 BGB. Ist anzunehmen, daß dem Ehegatten das testamentarisch Vermachte als Vorausvermächtniß neben dem gesetzlichen Erbtheile zustehen solle, so ist der Ehegatte aus dem Gesetze zum Erben berufen. Der Erbschein hat hierauf zu lauten. Steht dem Ehegatten aber das genannte Wahlrecht zu, so darf der Erbschein erst nach dessen Ausübung ausgestellt werden, muß über das Erbrecht, nicht über die Berufung lauten und die Erbtheile angeben. Ein vermachter Nießbrauch bleibt im Erbschein unberücksichtigt.

5. Ueber die Frage, ob auch Erbverträge, deren besondere amtliche Verwahrung die Parteien verbeten hatten, und die nur bei den Notariatsakten aufbewahrt werden, an das Nachlaßgericht abzuliefern sind, s. o. Bem. zu § 2300.

Art. 216. Dieser Artikel gewährt gewissen ritterschaftlichen Familien eine Art Autonomie gegenüber dem Pflichttheilsrechte des BGB. Habicht (3) 736, 737. Er hat Bedeutung für Preußen wegen der KO. 16. 1. 36 und Kgl. VO. 21. 1. 37, nicht auch für Baden. So gegen Scherer 240 Nr. 335; desgl. Planck 408, Anm. 3 zu Art. 216.

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung

zahlreicher und namhafter Juristen

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,

Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

1. Jahrgang

(die Zeit bis Anfang 1903 umfassend).

Dritter Band.



Berlin, 1904.

Verlag von Franz Vahlen.

W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Inhaltsverzeichniß.

Abkürzungen.

A.bürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
A.civPr. = Archiv für die civilistische Praxis
A.öffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BayrNotZtg. = Bayerische Notariats-Zeitung.
BayrObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechtes.
Böhms Z. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
Buschs Z. = Zeitschrift für deutschen Civilprozeß . . . Begründet von Busch.
CBlFrG. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
CBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.

DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Egers eisenb. E. u. A. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
Elf. Lothr. JZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, [zunächst für das Königreich Sachsen.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
GRschutz. = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht u. s. w. Herausgegeben von Holdheim.
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
OestAGZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
OestCBl. = Oesterreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PosMschr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PreußVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht.
R. = Das Recht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RheinAV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
Seuff. A. = Seufferts Archiv.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

---

§ 5. Die Streitfrage, ob, wenn in einem Staate besondere Gerichte für die Landesherren, deren Familien und die sonst hier erwähnten fürstlichen Personen eingesetzt sind, bloß in diesem Staate oder auch für alle anderen deutschen Staaten, insoweit die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen wird, ist in dem letzteren Sinne zu entscheiden. [Ebenso Hellwig, Lehrbuch I S. 75] — Die ordentlichen Gerichte haben, wenn vermögensrechtliche Ansprüche von Dritten gegen den Landesherrn oder die Mitglieder der landesherrlichen oder der sonst in Frage kommenden fürstlichen Familien bei ihnen erhoben werden, zu untersuchen, ob die Behörden, Personen oder Kollegien, welche nach den Hausverfassungen oder Landesgesetzen mit der Entscheidung betraut sind, als Gerichte angesehen werden können. Sind die eingesetzten besonderen Gerichte, wie solches ausnahmslos der Fall sein wird, als Gerichte anzusehen, so entscheiden sie in einer auch für die ordentlichen Gerichte maßgebenden Weise über ihre Zuständigkeit.

Auch die landesherrlichen Gerichte sind an die Bestimmungen der Hausverfassungen und Landesgesetze nur insoweit gebunden, als dieselben nicht mit dem Reichsgesetz in Widerspruch stehen.

Sind für Streitigkeiten über nicht vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Landesherrn oder die Mitglieder der landesherrlichen und der fürstlichen Familien unter einander besondere Gerichte nicht bestellt, so hat, wenn ein ordentliches Gericht in einem solchen Falle angegangen wird, dasselbe zu prüfen, ob die Sache zu den reichsgesetzlich vorbehaltenen gehört, auch wenn über die Differenz eine Entschließung des Landesherrn oder eines für den einzelnen Fall bestellten Schiedsgerichts vorliegt. Die Entscheidung über diese Streitigkeiten kann indessen auch besonderen Gerichten übertragen werden, welche dann über ihre Zuständigkeit mit gleicher Machtvollkommenheit, wie die Gerichte im Allgemeinen, entscheiden.

Wenn in einem Staate, in welchem nach § 17 GVG. die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden übertragen ist, ein Landesherr eines anderen deutschen Bundesstaats oder ein Mitglied der Familie eines solchen, für welche ein besonderer ausschließlicher Gerichtsstand geschaffen ist, bei den ordentlichen Gerichten belangt wird, so kann der Zweifel über die Zulässigkeit des Verfahrens nicht durch Erhebung des Kompetenzkonflikts gehoben werden, die Entscheidung bleibt vielmehr den Gerichten vorbehalten.

Ein deutscher Landesherr hat auch in einem anderen deutschen Staate das Privilegium der Exterritorialität. Er kann sich aber der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates unterwerfen. Die Unterwerfung muß feststehen. Solches ist der Fall, wenn der fremde Souverän bei den Gerichten des anderen Staates selbst klagt oder sich auf eine Klage einläßt. Die Ansicht, daß eine solche Unterwerfung durch den Eintritt in den Militärdienst eines anderen Staates erfolge,

ist für das Verhältniß eines deutschen Souveräns zu den Gerichten eines anderen deutschen Staates nicht richtig.

Sind durch die Bestimmungen der Hausverfassungen oder der Landesgesetze besondere Gerichte für den Landesherrn und dessen Familie eingesetzt, so werden diese Gerichte regelmäßig ausschießliche sein sollen. Dann kann ebensowenig der Souverän selbst (es sei denn, daß der besondere Gerichtsstand auf Bestimmungen der Hausverfassung beruht, von denen er dispensiren kann), wie ein Mitglied der landesherrlichen Familie auf diesen Gerichtsstand verzichten. **Wittmaack**, A.civPr. 90 47 ff.

§ 11. Das preußische Gesetz vom 11. 5. 42, wonach gegen Polizeibeamte, welche durch eine polizeiliche Verfügung einem Anderen Schaden zugefügt haben, eine Klage auf Schadensersatz nur dann stattfindet, wenn die polizeiliche Verfügung im Beschwerdeweg als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben ist, ist weder durch § 839 BGB. noch durch § 11 EG. GVG. aufgehoben. **RG. 51** 327.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Erster Titel.
Richteramt.

§ 8. Diese Sonderbestimmung ist wegen ihres singulären Charakters **einschränkend** auszulegen. Die Zulässigkeit der Versetzung eines Richters wider seinen Willen „an eine andere Stelle" bedeutet nur die Zulässigkeit der Versetzung auf eine richterliche Stelle. Wider ihren Willen können Richter an eine andere nicht richterliche Stelle nicht versetzt werden. Eine solche Versetzung könnte auch nicht als dauernde Amtsenthebung unter gleichzeitiger Uebertragung einer nicht richterlichen Stelle anzusehen sein. Danach steht Art. 63 des hessischen Gesetzes, die Rechtsverhältnisse der Richter betreffend, vom 31. Mai 1879 mit § 8 GVG. in Widerspruch und kann in Folge dessen gesetzliche Wirksamkeit nicht in Anspruch nehmen. **RG. 49** 112. (Das OLG. Darmstadt hatte durch Plenarbeschluß vom 13. 1. 00 in entgegengesetztem Sinne entschieden.)

Diese Entscheidung des Reichsgerichts billigt aus juristischen und politischen Gründen **Hoffmann**, DJZ. 02 18 ff.

Zweiter Titel.
Gerichtsbarkeit.

§ 13. I. 1. Bei der Prüfung der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist von der Regel der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten auszugehen. **RG. 46** 249.

2. Der Rechtsweg wird nicht deswegen unzulässig, weil die Entscheidung von dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist. Dadurch wird vielmehr nur die in § 148 erwähnte Rechtslage geschaffen. **RG. 48** 332.

3. Die Grundlage für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs hat lediglich der Inhalt der Klage, die rechtliche Natur des thatsächlich, ob mit Recht oder mit Unrecht, erhobenen Anspruchs zu bilden. **RG. 46** 59.

4. Entscheidend für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist nicht allein, ob der Grund, sondern auch, ob der Gegenstand des Rechtsstreits dem Privat- oder dem öffentlichen Rechte angehört. **RG. 46** 297.

5. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheidet die Zeit der Klagerhebung. Eine im Laufe des Prozesses (nach Erlaß des erstinstanzlichen Urtheils) eintretende Rechtsänderung ist ohne Einfluß. **RG. 46** 70, 168.

6. Was die Statthaftigkeit des Rechtswegs anbetrifft, so ist davon auszugehen, daß wegen der im wesentlichen öffentlichrechtlichen Art der Beziehungen des Reichs (Staates) zu seinen Beamten für Ansprüche der letzteren aus ihrem Beamtenverhältnisse gegen das Reich (den Staat) grundsätzlich der Rechtsweg ausgeschlossen ist und nur insoweit für statthaft angesehen werden kann, als er ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist. Dies ist im Reichsbeamtengesetze vom 31. März 1883 dahin geschehen, daß für vermögensrechtliche Ansprüche der Reichsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse der Rechtsweg stattfindet. Hieraus ist zu entnehmen, daß nur solche vermögensrechtliche Ansprüche im Rechtsweg verfolgt werden können, welche aus einem thatsächlich zur Entstehung gelangten Dienstverhältnisse, also aus einer durch Verleihung eines Amtes thatsächlich gegebenen Stellung des Beamten abgeleitet werden, nicht aber solche vermögensrechtliche Ansprüche, welche auf eine Stellung des Beamten gegründet werden, die ihm bei rechtmäßiger Ausübung der Aemterhoheit des Reiches (Staates) hätten verliehen werden sollen. **RG. 49** 1.

7. Mit der Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs kann eine wirksame materielle Abweisung des Anspruchs nicht verbunden werden. **RG.** JW. **02** 165.

II. A. Zulässigkeit des Rechtswegs: 1. Zur Feststellung, daß der Ausschluß aus einem Vereine zu Unrecht erfolgt sei. **RG.** R. **00** 215; JW. **00** 417 (Gem. R.). [Unter Beschränkung auf die Frage, ob der Ausschließungsbeschluß in einer den Satzungen entsprechenden Weise zu Stande gekommen ist, ohne Nachprüfung der sachlichen Richtigkeit.]

Ebenso **RG. 49** 150 (neues Recht); **RG.** JW. **01** 829; OLG. **2** 459 (Darmst.); **4** 418 (KG.), 419 (Braunschw.); **5** 14 (Hamb.). Die vom Reichsgericht für das Gebiet des ALR. früher vertretene Auffassung erscheint damit aufgegeben.

2. Für die Geltendmachung der Theilnahmeberechtigung am sog. Bürgervermögen, falls über den Umfang gestritten wird, und die Kläger sich auf einen zwischen den nutzungsberechtigten Bürgern und der Kämmereikasse geschlossenen, in den Separationsrezeß aufgenommenen Vergleich berufen (Preuß. Recht). **RG. 51** 316.

3. Für einen Anspruch gegen eine Gemeindeverwaltung aus einem Vertrage, durch den diese sich einen einzelnen Gemeindeangehörigen gegenüber zur Nichteinforderung einer Gemeindeabgabe verpflichtet hat (Preuß. Recht). **RG. 46** 245.

4. Für den Anspruch des Fischereiberechtigten auf Unterlassung schädlicher Immissionen und auf Entschädigung (Preuß. Recht). **RG. 46** 248.

5. Für die Klage des Besitzers eines an einer Landstraße gelegenen Grundstücks auf Beseitigung von Veränderungen, die der Wegebaupflichtige nach Maßgabe eines polizeilich genehmigten Straßenbauplanes auf jenem Grundstück hat vornehmen lassen (Preuß. Recht). **RG.** 46 301.

6. Für eine Klage auf Beitritt zu einer Genossenschaft auf Grund ihrer Statuten, wonach Jeder, welcher gewisse Voraussetzungen erfüllt, der Genossenschaft als Mitglied beizutreten berechtigt sein soll. **RG. 47** 76.

7. Zur Feststellung einer behaupteten Grunddienstbarkeit ohne Rücksicht darauf, ob der Magistrat der Stadtgemeinde, die als Nachbarin die geplante

Einrichtung dulden soll, etwa aus Rücksichten der Wegepolizei den Veranstaltungen des Klägers wird entgegentreten können. **RG. JW. 01** 717.

8. Für den Streit zweier Kleinbahnen mit elektrischem Oberbetriebe darüber, ob die eine in die Leitungsdrähte der anderen Kreuzungsstücke einbauen dürfe, bis zur Entscheidung des Regierungspräsidenten (Preuß. Recht). **RG 50** 292.

9. Für Versicherungsstreitigkeiten im Gebiete des Preuß. ALR. **RG. 48** 332.

10. Für den von einer Ortskrankenkasse gegen einen Gewerbetreibenden erhobenen Anspruch, daß dieser die Mitgliedschaft seiner Arbeiter bei der klagenden Kasse anzuerkennen habe, mag auch der Beklagte auf Verlangen einer Innungskrankenkasse seine Arbeiter bei dieser angemeldet haben (§ 58 **KrVG.**) **RG. 46** 56.

11. Für die Ansprüche einer Krankenkasse gegen den Arbeitgeber auf Zahlung von Beiträgen. **OLG. 2** 245 (KG.).

12. Für die Anfechtung der polizeilichen Entziehung eines Droschkenfahrscheins. Gew.O. § 40 schlägt nicht ein, da die Entziehung des Fahrscheins keine Untersagung des Gewerbebetriebes ist (Hamburg. Recht). **RG. 46** 104.

13. Für Gehaltsansprüche eines Mittelschullehrers (Preuß. R.) **OLG. 2** 246 (KG.).

14. Ueber die Frage, ob die vom Zolltarifgesetze gewährte Befreiung vom Eingangszoll einzutreten hat oder nicht. **RG. JW. 02** 426.

15. Für die Negatorienklage des Grundstückseigenthümers auf Beseitigung eines von der Stadtgemeinde gelegten Trottoirs (Sächs. Recht). **OLG. Dresd.** SächsA. **10** 625.

16. Für den Anspruch des Vormundes auf Herausgabe des Mündels zur eigenen Erziehung. **KGBl. 01** 120 (KG.).

B. Unzulässigkeit des Rechtswegs: 1. Zur Entscheidung der Frage, ob der Gemeingebrauch in einer öffentlichen Straße die Befugniß in sich schließt, die anliegenden Grundstücke durch Ueberbrückung des Chausseegrabens mit der Straße zu verbinden. **RG. JW. 02** 218.

2. Für den Anspruch des Eigenthümers einer öffentlichen Chaussee gegen den Besitzer eines anliegenden Grundstücks auf Beseitigung von unbefugt angelegten Chausseeübergängen (Preuß. Recht.) **RG. 46** 296.

3. Für den Anspruch eines nichtrichterlichen Staatsbeamten in Preußen auf Feststellung seines Besoldungsdienstalters. **RG. 48** 321.

4. Wegen der im Disziplinarwege ausgesprochenen Entziehung des Diensteinkommens. **RG. JW. 02** 406.

5. Für solche vermögensrechtliche Ansprüche eines im Reichsdienst angestellten Militäranwärters, welche auf die Behauptung gestützt sind, daß dieser früher als geschehen ist, eine höhere Stelle hätte erhalten sollen. **RG. 49** 1.

6. Für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegen einen Polizeibeamten, der Jemanden zur Vornahme einer bestimmten Maßregel aufgefordert hat und, da dem nicht Folge geleistet würde, selbst die Maßregel hat ausführen lassen, bevor die Anordnung des Polizeibeamten von der zuständigen Behörde für gesetzwidrig oder unzulässig erklärt ist (Preuß. Recht). **RG. 51** 327 **JW. 02** 373; **RG. JW. 02** 391.

7. Für Ansprüche auf Rückforderung von öffentlichrechtlichen Kanalisationsgebühren (Preuß. Recht.) **RG. 49** 219.

8. Für Heranziehung zu Interessentenlasten, die in einem Auseinandersetzungsverfahren begründet sind, nach dem preußischen Gesetz vom 2. April 1887, betr. die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten. **RG. 48** 341.

9. Gegen Verfügungen des Gemeindevorstandes, dem die Auseinander-

setzungsbehörde die Verwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten übertragen hat (Preuß. Recht). **RG. 47** 314.

10. Für die Entscheidung über die Nothwendigkeit kirchlicher Bauten, mag auch der Streit über die Nothwendigkeit des Baues zwischen der Kirchengemeinde und dem Patrone erst entstanden sein, nachdem die Bauarbeiten bereits beendet waren. **RG. 50** 310.

11. Wegen Streitigkeiten über die sich aus ALR. I 8 § 100 und Pr. FlußG. § 7 ergebende Grabenräumungspflicht. **RG.** JW. **02** 320.

12. Ueber die Unterstellung einer bestimmten Waare unter eine bestimmte Tarifposition des Vereinszollgesetzes vom 1. 7. 1869. **RG.** JW. **02** 426.

13. Bei Streitigkeiten, ob ein Studirender der Universität Leipzig gültig immatrikulirt ist, ob seine Streichung in der Matrikel mit Recht erfolgt ist und ob er eine Prüfung mit Erfolg bestanden hat. OLG. Dresd. SächsA. **10** 638. Vgl. hierzu auch OLG. Dresd., Sächs. Annalen **22** 212.

§§ 13, 14. I. Das Landesrecht hat, soweit das Reichsrecht die Rechtsschutzart nicht geregelt hat, prinzipiell freie Hand, exzeptionelle Verschiebungen zu Gunsten des Rechtswegs oder des Verwaltungswegs zu statuiren. Dies gilt sogar bezüglich der Rechtsstreitigkeiten über die vom BGB. geregelten Privatrechtsverhältnisse. Das Reichsrecht hat darauf verzichtet, den Kreis der in den Rechtsweg gehörigen Angelegenheiten fest zu umgrenzen.

Das Landesrecht hat aber nur die Wahl zwischen den ordentlichen Gerichten und den allgemeinen Verwaltungsbehörden. Es kann ad hoc geschaffenen Behörden Privatrechtsstreitigkeiten nur in den engen Grenzen des § 14 GVG. zuweisen.

Auf den dem Landesrecht durch das EG. zum BGB. zur Regelung überlassenen Gebieten hat es freie Hand, ob es eine Materie privatrechtlich oder öffentlichrechtlich regeln will, ob und inwieweit es im ersten Falle subjektive Privatrechte verleihen oder versagen will. Eine Bestimmung, daß ein Rechtsverhältniß überhaupt nicht durch Klage verfolgt werden kann, wäre nur insoweit aufrecht zu erhalten, als darin eine Negation des Rechts (nach BGB. § 762) oder die Statuirung einer unvollkommenen Verpflichtung zu erblicken wäre. Hat das Landesrecht subjektive Rechte verliehen, so steht es ihm frei, ob es Streitigkeiten über sie in den Rechtsweg oder den Verwaltungsweg verweisen will; nicht aber kann es, wenn sie in den Rechtsweg gehören, diesen etwa nach Belieben gestalten, insbesondere kann es sie nicht vor besondere Gerichte verweisen. Noch weniger kann das Landesrecht Streitigkeiten um konkrete Privatrechte nach Belieben in den Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweisen. Dies folgt aus der Fassung des § 13. Hellwig, Lehrbuch I S. 64/65.

II. Der deutsche Richter judizirt nach seinem Prozeßrecht, er darf deßhalb eine Klage über ein Privatrecht, das sich nach außerdeutschem Rechte beurtheilt, nicht deswegen abweisen, weil nach dem ausländischen Prozeßrecht der Rechtsweg verschlossen ist. Die Frage, ob dies auch bei einer Verschiedenheit der Rechte deutscher Bundesstaaten gilt, wird von der herrschenden Meinung bejaht, jedoch mit Unrecht. Denn wenn das Reichsrecht, obwohl es prinzipiell alle privatrechtlichen Streitigkeiten vor die ordentlichen Civilgerichte verweist, dem Landesrechte gestattet, Ausnahmen zu machen, so beruhen diese direkt allerdings auf Landesgesetz. Aber daß sie statuirt werden können, beruht auf Reichsrecht und wenn sie statuirt sind, so ist damit eine reichsrechtlich genehmigte Ausnahme von jener reichsrechtlichen Regel statuirt. Diese Negative, die Unzulässigkeit oder Einschränkung des ordentlichen Rechtswegs, ist ein reichsrechtlich bedingter Rechtssatz, das Landesgesetz erfüllt nur die Bedingung, von der er abhängig ist: ein Rechtsstreit gehört in den Rechtsweg im ganzen Reiche dann nicht, wenn ein Landesgesetz diesen Rechtsstreit von der Regel des § 13 GVG. ausgenommen

hat. Hellwig, Lehrbuch I S. 66/67. Das Gleiche gilt für die Uebertragung von Rechtsstreitigkeiten an Sondergerichte S. 74/75.

III. Die Landesgesetzgebung ist befugt, den zugelassenen besonderen Gerichten die Befugniß beizulegen, über ihre Zuständigkeit selbständig in der Weise zu entscheiden, daß auch in dieser Beziehung eine Nachprüfung der Entscheidung bei den ordentlichen Gerichten nicht beantragt werden kann (gegen Wach, Handbuch I, S. 361).

In Bezug auf die Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte besteht eine völkerrechtliche Verpflichtung für die Landesregierungen, solche Gerichte in der Weise einzusetzen, daß sie selbständig und in einer auch für die ordentlichen Gerichte maßgebenden Weise über ihre Zuständigkeit zu entscheiden haben. Vgl. Bemerkungen zu § 38 CPO. (S. 1 ff., S. 9).

Die Einrichtung der Agrargerichte ist der Landesgesetzgebung vollständig überlassen. Es ist ihr unbenommen, von der Errichtung solcher Gerichte abzusehen, sie kann die betreffenden Sachen ausschließlich Sondergerichten zuweisen, sie ist auch nicht behindert, dem Kläger die Wahl zu lassen, ob er eine hierher gehörige Sache bei den Sonder- oder bei den ordentlichen Gerichten geltend machen will. Ebenfalls ist es ihr unverwehrt, den ordentlichen Gerichten eine Nachprüfung der Urtheile der Agrargerichte nach der Richtung zu übertragen, ob diese sich dabei innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit gehalten haben. Derartige Bestimmungen sind aber thatsächlich nirgends getroffen. Wo Agrargerichte eingerichtet sind, muß nach dem Zwecke derselben die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen bleiben.

Ob eine Prorogation von einem Agrargericht auf ein ordentliches Gericht oder auf ein anderes Agrargericht stattfinden kann, hängt von der Landesgesetzgebung ab. Dieselbe ist durch keine reichsgesetzliche Vorschrift behindert, eine solche Prorogation zuzulassen oder auszuschließen. Nach dem Zwecke, welchen man mit diesen Gerichten verfolgt, muß aber jede Prorogation in Agrarsachen ausgeschlossen sein.

Die Gemeindegerichte können in der Art und Weise, wie sie im GVG. zugelassen sind, nicht als Gerichte angesehen werden. Von der Befugniß, solche einzurichten, haben Württemberg und Baden Gebrauch gemacht. Es steht ihnen dort die Kompetenz-Kompetenz zu.

Soweit die Landgerichte nach § 70 GVG. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, kann die Gemeindegerichtsbarkeit nur eingeführt werden, wenn die Klagen nicht gegen den Reichs- oder Landesfiskus gerichtet sind. Wenn der Fiskus oder eine Korporation oder Anstalt bei einer Streitsache als Partei betheiligt ist, kann die Gerichtsbarkeit der Gemeindebehörde nicht eintreten. Ebenfalls ist die Ausdehnung der Jurisdiktion der Gemeindebehörde nicht gestattet auf Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, und im Ausland angestellte Beamte des Reichs oder eines Bundesstaats. Dagegen können Militärpersonen an ihrem Garnisonorte der Gerichtsbarkeit der Gemeinde unterworfen werden, nicht aber Militärpersonen, welche zu einem im Auslande garnisonirenden Truppentheile gehören, an ihrem letzten deutschen Garnisonorte. Die Badische Gesetzgebung steht hiermit theilweise in Widerspruch.

Die Zuständigkeit der durch das Reichsgesetz v. 29. 7. 90 eingeführten Gewerbegerichte ist im Reichsgesetze bestimmt und kann durch die Landesgesetzgebung nicht geändert werden.

In einer Sache, die nicht zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte gehört, ist die Prorogation auf ein solches Gericht nicht gestattet. Dieses gilt auch für Sachen, welche nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes von 1890 nicht zur

Zuständigkeit der Gewerbegerichte gehören, aber auf Grund des § 80 dieses Gesetzes landesgesetzlich den Gewerbegerichten zugewiesen sind. Vgl. außerdem Bemerkungen zu § 36, Nr. 5 u. 6 CPO. u. zu § 38 CPO. Wittmaack, A.civPr. **90** 1 ff., S. 9.

IV. Gegen die Errichtung kaufmännischer Schiedsgerichte wendet sich Mumm, A.bürgR. **20** 305 ff. Er führt aus, es sei verkehrt, die Nothwendigkeit kaufmännischer Sondergerichte mit dem Hinweis auf die Langwierigkeit und Kostspieligkeit des ordentlichen Rechtsweges begründen zu wollen. Diese Mängel könnten wohl das Streben nach einer Reform des Prozeßwesens überhaupt oder des Verfahrens bei allen Lohnstreitigkeiten, nicht aber den Anspruch auf kaufmännische Ausnahmegerichte rechtfertigen. Im Weiteren wird die Bedürfnißfrage mit folgender Begründung verneint: Der Richter habe zur Entscheidung der in Frage kommenden Rechtsstreitigkeiten kaufmännische Spezialkenntnisse in der Regel nicht nöthig, so daß kaufmännische Beisitzer überflüssig seien. Die Prozesse zwischen Prinzipalen und Handelsgehülfen seien so selten, daß — von den ganz großen Städten abgesehen — kaufmännische Schiedsgerichte keine Beschäftigung finden würden. Auch die Handelsgehülfen sehnten sich augenscheinlich nicht so sehr nach der Neuerung, wie das behauptet werde; denn sonst würden die versuchsweise eingeführten fakultativen kaufmännischen Schiedsgerichte häufiger angerufen werden, als es thatsächlich geschehe. — In sozialer Beziehung sei zu befürchten, daß die Einrichtung kaufmännischer Schiedsgerichte zu einer Verschärfung des Klassengegensatzes beitragen werde. Ferner sei zu besorgen, daß die aus Wahlen hervorgegangenen Beisitzer keine Gewähr für seine unparteiische Rechtsprechung böten. Schließlich wird betont, daß die Schaffung kaufmännischer Schiedsgerichte eine abermalige Durchbrechung des Grundsatzes der ordentlichen Gerichtsbarkeit bedeute.

Die gleiche Tendenz verfolgt der Aufsatz von Salomon: Bedarf es der Einführung von Sondergerichten zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus kaufmännischen Dienstverträgen? DJZ. **01** 42 ff. Insbesondere spricht er sich gegen die Vorschläge aus, die die nationalliberale Fraktion des Reichstags eingebracht hat.

Gegen die Errichtung kaufmännischer Schiedsgerichte auch Staub, DJZ. **01** 86 u. **02** 140. Wegen der zu großen Zahl der Sondergerichte überhaupt, weil in der Errichtung solcher Schiedsgerichte ein Mißtrauensvotum gegen den Richter- und Anwaltstand zu sehen und eine wissenschaftliche Fortbildung der Lehre vom kaufmännischen Dienstvertrage nach den bisher mit den Sondergerichten in anderen Rechtsmaterien gemachten Erfahrungen nicht zu erwarten sei.

Ebenfalls dagegen ist Benedict, JW. **03** 57 ff. Er spricht sich insbesondere auch gegen die Angliederung der neuen Sondergerichte an die Gewerbegerichte aus wegen der daraus den Gemeinden entstehenden Kosten und der dadurch bewirkten Ausschließung der Anwaltschaft.

Nicht grundsätzlich gegen die Errichtung ist Stranz, DJZ. **02** 162 ff.; er bekämpft aber den von der Gesetzgebung durch die Angliederung an die Gewerbegerichte geplanten Ausschluß der Rechtsanwaltschaft, der nicht im Interesse der kaufmännischen Angestellten sei.

Gegen den Ausschluß der Anwaltschaft von den kaufmännischen Schiedsgerichten wendet sich die Eingabe des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins an den Bundesrath v. 20. 2. 03. JW. **03** 73 ff.

Für die Errichtung besonderer kaufmännischer Schiedsgerichte und deren Angliederung an die Gewerbegerichte: v. Boenigk, DJZ. **01** 92 ff.; von Frankenberg, DJZ. **02** 160 ff.

Die bestehenden Gerichte reichten nicht aus, sie entschieden Rechtsstreitigkeiten aus dem kaufmännischen Dienstvertrage nicht schnell genug, sie besäßen auch nicht immer das genügende Verständniß für kaufmännische Verhältnisse und das Verfahren vor ihnen sei zu kostspielig.

§ 14 Nr. 4. Die Gewerbegerichte sind Staatsgerichte, nicht wie Schmidt meint, Kommunalgerichte. Hellwig, Lehrbuch 1 S. 72.

§ 17. I. Ein Kompetenzkonflikt findet, abgesehen von den sogen. negativen Kompetenzkonflikten, nur statt, wenn einerseits von einem Gericht und andererseits von einer Verwaltungsbehörde die Entscheidung in der Sache in Anspruch genommen wird. Darüber, ob ein Anspruch gegen einen auswärtigen Staat im Inlande gerichtlich geltend gemacht werden kann, haben allein die Gerichte im ordentlichen Verfahren zu entscheiden. Die den Urtheilen des preußischen Kompetenzgerichtshofs vom 14. Januar 1882 und des bayerischen Kompetenzgerichtshofs vom 5. März 1885 zu Grunde liegende abweichende Ansicht ist unrichtig. Wittmaack, A.civPr. **90** 70 f.

II. Abs. 2. 1. Das Reichsgericht hat in den beiden Entscheidungen **44** 4, 377 die Frage, ob bei einem negativen Kompetenzkonflikte der preußische Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte befugt sei, das dem negativen Kompetenzkonflikte zu Grunde liegende gerichtliche Urtheil auch dann aufzuheben, wenn das Urtheil vom Reichsgericht erlassen worden ist, verneint. Vgl. hierzu Lövinson, DJZ. **00** 67 ff. der zur Vermeidung solcher Fälle von Justizverweigerung vorschlägt, im Wege der Gesetzgebung den Bundesrath als Reichskompetenzgerichtshof zu bestimmen.

2. Gegen diese beiden Erkenntnisse wendet sich Lucas, DJZ. **01** 53 ff. Den rechtsuchenden Parteien ist dadurch die Rechtsverfolgung abgeschnitten, da ihnen weder der Rechtsweg noch der Verwaltungsweg offen steht. In der Literatur überwiegt die der reichsgerichtlichen Ansicht entgegengesetzte Auffassung. Die Frage ist die, ob eine Rechtssache, die bei einem Landesgericht anhängig war, in jeder Hinsicht aufhört, eine Landesjustizsache zu sein, wenn sie in der Revisionsinstanz an das Reichsgericht gelangt. Diese Frage ist keineswegs aus der staatsrechtlichen Stellung des Reichsgerichts als einer Reichsbehörde allein zu entscheiden. Das Reichsgericht ist in diesem Falle zugleich oberste Instanz für eine Landesjustizsache, und der Gesetzgeber kann nicht gewollt haben, daß eine solche Sache in einem bestimmten Abschnitt eines und desselben Verfahrens dergestalt in eine fremde Justizhoheit übergehen solle, daß damit die staatsrechtlichen Konsequenzen ihrer Eigenschaft als Landesjustizsache aufhörten. Daß er dies nicht gewollt hat, ergiebt sich z. B. daraus, daß das Begnadigungsrecht in Strafsachen dem Landesherrn verbleibt und auch nicht im Falle des § 394 StrPO. auf den Kaiser übergeht.

Wenn das Reichsgericht von seinem Standpunkte nicht abgehen sollte, so müßte die Gesetzgebung eingreifen. Für den positiven Kompetenzkonflikt (vgl. jetzt unten 3) hat sich das Reichsgericht bisher in gleichmäßiger Uebung gefügt und das Verfahren eingestellt. In konsequenter Durchführung seines Standpunkts müßte das Reichsgericht auch beim positiven Konflikt einen unzulässigen Eingriff in die Gerichtshoheit des Staates annehmen.

3. In diesem letzteren Sinne hat sich nunmehr das Reichsgericht durch Beschluß des Vereinigten CS. **48** 350 [195 ff.] ausgesprochen:

Die Erhebung eines positiven Kompetenzkonflikts nach Maßgabe der preußischen Verordnung, betr. die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden v. 1. 8. 79, mit der in § 7 daselbst festgesetzten Wirkung ist dann nicht mehr zulässig, wenn der Rechtsstreit bereits durch Einlegung der Revision bei dem Reichsgericht anhängig geworden ist.

Unter „den Gerichten" in Abs. 2 ist das Reichsgericht nicht mit gemeint. Nur für die Landesjustizsachen steht der Landesgesetzgebung das Recht zu, die Entscheidung über einen rücksichtlich ihrer ausbrechenden Kompetenzstreit einer Landesbehörde nach Maßgabe der dort ertheilten Normativvorschriften zuzuweisen und das Verfahren darüber zu ordnen. Durch die Einlegung der Revision bei dem Reichsgerichte hört die Sache für die Dauer des weiteren Verfahrens in der Revisionsinstanz auf, eine Landesjustizsache zu sein; sie gelangt als Reichsjustizsache in die eigene, durchaus selbständige und von keiner bundesstaatlichen Einwirkung mehr abhängige Gerichtsbarkeit des Reichs.

4. Den Standpunkt des Reichsgerichts billigt Boethke in Gruchots Beitr. 46 209 ff. Er weist zur weiteren Rechtfertigung der Auffassung, daß unter den „Gerichten" des § 17 Abs. 2 nur die Landesgerichte und nicht das Reichsgericht zu verstehen sei, noch darauf hin, daß nach § 17 Abs. 1 EG. z. GVG. auch das Reichsgericht selbst zum Kompetenzkonfliktshof bestellt werden kann.

5. Gegen die Auffassung des Reichsgerichts dagegen Hellwig, Lehrbuch I S. 91. Die Ansicht, daß das Reichsgericht unter den in GVG. § 17 bezeichneten Gerichten nicht mit zu verstehen sei, scheitert an den Umstand, daß nach § 17 Abs. 2 Nr. 4 die Konfliktserhebung ohne Unterscheidung bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Gerichte zugelassen ist. Vgl. auch Laband, Staatsrecht III S. 365.

6. Der Streit ist für Preußen nunmehr durch das Gesetz v. 22. 5. 02 betr. Aenderung der Vorschriften über die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden, GesSamml. 1902 S. 145 erledigt. Vgl. hierzu Brunn, R. 02 370 ff. Lövinson, DJZ. 02 385. Danach ist in Preußen der Kompetenzkonflikt nicht mehr zu erheben, sobald ein mit der Revision anfechtbares Urtheil ergangen ist.

Dritter Titel.

Amtsgerichte.

§ 22. Vgl. zu § 941 CPO.

§ 23. Bei Erhebung mehrerer Ansprüche ist für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit stets der höhere Anspruch maßgebend, auch wenn er nur eventuell geltend gemacht ist. Feststehende Praxis des Reichsgerichts. RG. JW. 01 717.

Nr. 1. Die theilweise Erledigung des Klaganspruchs zwischen Einreichung der Klage bei Gericht und Zustellung beeinflußt die Gerichtszuständigkeit nicht. Seuff.A. 56 239 (Marienw.).

Das Landgericht ist auch dann zuständig, wenn vor Zustellung des über mehr als 300 Mark lautenden Zahlungsbefehles der Schuldner so viel abzahlt, daß weniger als 300 Mark übrig bleiben. OLG. 5 113 (Celle).

Nr. 2 (§ 825 BGB.). 1. Da die Unbescholtenheit des Verletzten kein Erforderniß für den Schutz des § 825 ist — auch die Dirne kann sich auf ihn berufen —, hat die Schadenshaftung ihren Grund nicht in dem außerehelichen Beischlafe, sondern in dem Verstoße gegen die Willensfreiheit der Frau. Daher entfällt auch bei Ansprüchen von über 300 Mark die amtsgerichtliche Zuständigkeit und ist die des Landgerichts gegeben. So auch ein Beschluß des OLG. München v. 28. 1. 02. Meyer, Seuff.Bl. 02 88 ff.

2. Der Anspruch aus § 1300 BGB. fällt nicht unter § 23 GVG. OLG. 5 86 (Dresden).

§ 34 Nr. 5. Zu den richterlichen Beamten gehören auch die Handelsrichter, dagegen nicht die Mitglieder der Gewerbegerichte, der preußischen Kreis- und Bezirksausschüsse. Die vom König ernannten Mitglieder der Bezirksausschüsse

sind nach § 33[4] des preuß. AusfGes. zum GVG. nicht zu berufen. Kaempfer, JW. 02 442.

Fünfter Titel.

Landgerichte.

§ 70. Die Frage, ob § 70 Abs. 2, 3 bei Ansprüchen gegen den Fiskus als Unternehmer einer Eisenbahn anwendbar ist, wird im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung vom Reichsgericht in zwei weiteren Entscheidungen verneint:

1. Der Zweck der Ausnahmevorschriften des § 70 Abs. 2 und 3 ist der, daß für gewisse Ansprüche, welche „das Grenzgebiet des öffentlichen und Privatrechts betreffen", für Ansprüche, die „neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite haben", eine gleichmäßige Beurtheilung der Rechtsfragen gewährt werde. Hiernach muß ein Verschulden eines Staatsbeamten in dieser seiner Eigenschaft vorliegen, und das ist nur der Fall, wenn das Verschulden zu dem Inhalte des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in Beziehung steht. Die letztere Voraussetzung trifft da nicht zu, wo der Staat zur Eingehung oder Erfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen sich einer Person, welche Staatsbeamter ist, als seines (privatrechtlichen) Vertreters bedient. In den Fällen aber, wo der Staat als juristische Person für Versehen der Beamten verantwortlich gemacht werden kann, hat diese Haftung ihre Quelle nicht im öffentlichen, sondern im Privatrechte. SächsA. 11 480.

2. Ein Anspruch gegen den Landesfiskus wegen Verschuldung eines Staatsbeamten im Sinne des § 39 Nr. 2 des Preuß. Ausf.-Ges. zum GVG. ist nur dann gegeben, wenn der Anspruch auf die Verschuldung des Beamten bei Ausübung der ihm obliegenden öffentlich-rechtlichen Funktionen gegründet ist, dagegen nicht, wenn vom Fiskus deshalb Entschädigung verlangt wird, weil ein in einem Gewerbebetriebe desselben Angestellter die ihm obliegenden Verpflichtungen schuldhafter Weise nicht gehörig erfüllt hat, sollte derselbe auch die Eigenschaft eines Staatsbeamten haben, und ihm deshalb gewisse Amtsbefugnisse zustehen. **RG. 50** 396.

Siebenter Titel.

Kammern für Handelssachen.

§ 101 Nr. 3c. Klagen aus den Rechtsverhältnissen, welche sich auf den **Schutz** von Gebrauchsmustern beziehen, gehören nach Paul Alexander-Katz, **Buschs Z. 30** 92 ff. vor die Kammern für Handelssachen.

Neunter Titel.

Reichsgericht.

§ 137. Identität der Rechtsfrage liegt vor, wenn der zu beurtheilende Thatbestand und die zu findende Rechtsfolge in abstracto sowie die zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften die gleichen sind. Sonach ist die gesammte bisherige Judikatur auf dem Gebiete des durch das BGB. geregelten Privatrechts für die Zukunft insofern bedeutungslos, als jeder Senat des Reichsgerichts völlig freie Hand hat. Hellwig, DJZ. **01** 347 ff.

Zwölfter Titel.

Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte.

§ 155. Vorschriften einer nach § 155 GVG. von der Landesjustizverwaltung erlassenen Geschäftsanweisung für die Dienst- und Geschäftsverhältnisse

der Gerichtsvollzieher sind für diese ebenso maßgebend als das Gesetz selbst. **RG. 51** 261.

Dreizehnter Titel.

Rechtshilfe.

§ 157 ff. 1. Auslands-Gerichten zu leistende Rechtshülfe ist Mangels gegentheiliger Landesgesetze im reichsgesetzlichen Verfahren zu leisten. W. Ch. Francke, **R. 01** 31 ff.

2. Ein deutsches Gericht darf dem Ersuchen eines österreichischen Gerichts um unbeeidigte oder beeidigte Vernehmung der Parteien entsprechen. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien ist die Ladung der Parteien zur uneidlichen Vernehmung. Deshalb ist dem Ersuchen des österreichischen Gerichts um uneidliche Vernehmung der Parteien stattzugeben.

Aber auch dann, wenn um die eidliche Vernehmung ersucht wird. Die beeidigte Vernehmung hat Aehnlichkeit mit dem richterlichen Eide der deutschen CPO. Wie der richterliche Eid, so kann auch die eidliche Vernehmung sowohl zur Bekräftigung einer eigenen Behauptung des Schwörenden als zur Widerlegung einer bestrittenen Behauptung des Gegners angeordnet werden. In jedem Falle ist eine richterliche Anordnung erforderlich. Daß diese nach deutschem Prozeßrecht in Urtheilsform, nach österreichischem in Beschlußform ergeht, ergiebt keinen prinzipiellen Unterschied. Seuffert, DJZ. **00** 223 f.

3. Ein Ersuchen darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil dasselbe, um erledigt werden zu können, formeller Ergänzungen bedarf, sofern nur der Wille des ersuchenden Gerichts aus dem Ersuchen erhellt. Vielmehr ist das Ersuchen in solchem Falle von dem ersuchten Gerichte nach dem Gesetze zu ergänzen. OLG. **1** 175 (Hamm).

4. Dem Ersuchen um Entgegennahme der Erklärung über die Echtheit der Unterschrift und dem Inhalt eines Schriftsatzes ist stattzugeben. OLG. **3** 315 (Zweibr.).

5. Das Ersuchen, zwecks Prüfung eines Armenrechtsgesuchs einen Zeugen informatorisch zu vernehmen, kann nicht abgelehnt werden. Denn mag eine solche Vorprüfung dem § 114 CPO. entsprechen oder nicht, so ist jedenfalls die nachgesuchte richterliche Amtshandlung an sich statthaft. OLG. **2** 237 (Hannov.).

6. Das Amtsgericht, das die Urschrift einer von einem anderen Amtsgerichte gemäß § 794 5 CPO. aufgenommenen Urkunde verwahrt, kann das letztere nicht um eine vollstreckbare Ausfertigung im Rechtshülfeverfahren ersuchen. Denn das Amtsgericht, das die Urkunde aufgenommen hat, ist allein zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel zuständig. Diese Thätigkeit ist eine Thätigkeit in eigenen Angelegenheiten und geschieht nicht in Unterstützung eines anderen Gerichts. Die Erledigung dieser Geschäfte ist auf dem Wege herbeizuführen, den die CPO. vorschreibt. OLG. **3** 419 (Zweibr.).

7. Ein Ersuchen an ein Amtsgericht um Erlaß der im § 361 Nr. 10 StrGB. vorgesehenen Aufforderung an eine unterhaltspflichtige Mutter, für ihr Kind zu sorgen, ist abzulehnen, da es nicht eine richterliche Handlung, sondern eine in den Bereich der Polizeiverwaltung und Gemeindearmenpflege fallende Handlung betrifft. OLG. **4** 221 (Colmar).

§ 158. Die Fassung des § 158 („soll") könnte zu der Meinung verleiten, es lasse sich nicht objektiv begrenzen, was Gegenstand der Rechtshilfe sein könne, sondern es werde der Umfang der Rechtshilfe durch das souveräne Ermessen des ersuchenden Gerichts bestimmt. Das wäre falsch. Bei der Rechtshilfe muß es sich um die Vornahme einer Amtshandlung handeln, die der ersuchende Amtsrichter, will er nicht die Grenzen seines Bezirks überschreiten bzw.

unzweckmäßig handeln, nicht selbst vornehmen kann. Nicht jede Amtshandlung kann hiernach Gegenstand der Rechtshilfe sein, vielmehr ist hierzu nur die Amtshandlung geeignet, deren Vornahme an einen außerhalb des Bezirkes des ersuchenden Amtsgerichtes liegenden Ort geknüpft ist. Daher gehören nicht hierher Entscheidungen, die der mit der Sache befaßte Richter zu treffen hat, wie die Auswahl einer Person zum Vormund, Pfleger, die unter Beachtung bestimmter gesetzlicher Vorschriften zu erfolgen hat. Denn diese Entscheidungen hat der Richter an seinem Amtssitze, also innerhalb der Grenzen seines Bezirkes zu treffen. Wollte man den § 158 so verstehen, daß der für die Sache zuständige Richter berechtigt sei, jede Amtshandlung, auch die ihm obliegenden Entscheidungen, einem anderen Richter zu übertragen, so würde man damit die Grundsätze über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte vollständig lahm legen. OLG. **5** 261 (Jena).

§ 160. 1. Wird im Falle des § 167 die erforderliche Zustimmung seitens des Amtsgerichts versagt, so kann die Genehmigung im Wege des § 160 erwirkt werden. OLG. **5** 263 (Kiel).

2. Fur Verfahren in Grundbuchsachen ist, da sie nicht durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind, das Reichsgericht zur Entscheidung über die weitere Beschwerde nicht zuständig. OLG. **2** 237 Anm. (RG.).

Vierzehnter Titel.

Oeffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 172. Ist die Oeffentlichkeit während der Vernehmung des Entmündigten nicht ausgeschlossen, so ist gemäß CPO. § 551 Nr. 6 das Gesetz verletzt. RG. JW. **02** 529.

§ 179. Ist der nach § 179 verhängten Geldstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit Haft zu substituiren?

Bejaht vom OLG. **1** 219 (Bamberg). Ebenso Löwe, GVG. § 179 Note 5.

Verneint mit der herrschenden Meinung OLG. **1** eb. S. 222 (Darmst.).

§ 179, 182. 1. Der Beschluß, durch den die Haftstrafe verhängt worden ist, kann von dem erkennenden Richter nachträglich aufgehoben werden, solange nicht eine Entscheidung in höherer Instanz ergangen ist. DJZ. **00** 397 (KG.).

2. Die Möglichkeit der Wahrnehmung berechtigter Interessen gegen die Handhabung der Sitzungspolizei bejaht R. **00** 520 (München).

3. Das bürgerliche Gericht ist zuständig, gegen Militärpersonen des aktiven Heeres wegen Ungebühr eine Ordnungsstrafe in Geld festzusetzen. Denn § 179 GVG. unterscheidet nicht wie § 390 CPO. und § 50 StrPO. zwischen Civil- und Militärpersonen. Auch ist aus § 290 Abs. 3 MStGO., nach welchem auch Civilpersonen von dem Militärgericht in Ungebührstrafen genommen werden können, darauf zu schließen, daß auch das Umgekehrte statt hat. OLG. **1** 352 (München).

4. Die Ertheilung einer Rüge wegen Ungebühr in einer schriftlichen Eingabe fällt nicht unter die §§ 179 ff. und das dort angeordnete Beschwerdeverfahren. OLG. **3** 420 (Karlsr.).

§ 183. 1. Ist in Bayern für Beschwerden nach § 183, soweit sie in Strafsachen erfolgen, seit dem 1. 1. 00 des BayrObLG. ausschließlich zuständig?

Bejaht vom OLG. **3** 316 (Zweibr.).

Verneint vom OLG. **3** 315 (Bamb.).

2. Die von Löwe, Anm. 5 zu § 183 GVG. vertretene Ansicht, daß § 183 Abs. 2 die sofortige Vollstreckbarkeit der verhängten Ordnungsstrafe ausschließe, ist nach der Fassung des Gesetzes, nach Zusammenhang und Entstehungsgeschichte

unhaltbar. Auch im Falle des § 182 ist bis zur Einlegung der Beschwerde die sofortige Vollstreckung zulässig. Hassenstein, Sofortige Vollstreckbarkeit von Ungebührstrafen durch den Einzelrichter. DJZ. **00** 413 ff.

Siebenzehnter Titel.

Gerichtsferien.

§ 202. 1. Die Ferienkammer ist nur in Sachen zuständig, die entweder Feriensachen sind oder die besonderer Beschleunigung bedürfen und deren Behandlung als Feriensache beantragt ist. OLG. **3** 317 (Bresl.).

2. Daß der eingeklagte Schaden sich während des Rechtsstreits noch weiter erhöht, ist eine mit Schadensprozessen bestimmter Art nothwendig verbundene Erscheinung und keine Besonderheit eines speziellen Prozesses.

Es liegt daher kein Grund vor, wegen der Schadensanwachsung eine Sache als Feriensache zu behandeln. OLG. **3** 317 (Karlsr.).

Einführungsgesetz
zu dem Gesetze, betreffend die Aenderungen der Civilprozeßordnung.

Art. 1 ff., 9.

1. Eine Einführung in die neuesten umfangreichen Aenderungen der CPO. enthält lediglich das EG. zu dem Ges. betr. Aenderungen der CPO. v. 17. 5. 98. Dieses Gesetz läßt uns aber in Bezug auf die Frage, wie es v. 1. 1. 00 mit den anhängigen Prozessen zu halten sei, prinzipiell im Stiche. Art. 9 könnte höchstens ein recht bedenkliches argumentum e contrario dafür abgeben, daß in allen anderen Fällen das neue Recht maßgebend sein soll. Wenn Petersen-Anger (Einl. S. 18) meinen, das neue Gesetz sei anzuwenden, weil das Gesetz am 1. 1. 00 in Kraft getreten sei und außer Art. 9 EG. keine Beschränkung enthalte, so ist das eben eine petitio principii, ebenso wie die Argumentation Franckes (DJZ. 98 204): Die Novelle sei ein Stück der alten CPO. und deshalb sofort anwendbar. Die Meinung von der absoluten und rücksichtslosen Anwendbarkeit des neuen Rechtes betont zu einseitig die publizistische Natur des Civilprozeßrechts. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Die Anwendbarkeit des neuen Rechtes wird nur mit großer Vorsicht und nach genauer Prüfung der Frage, ob nicht dadurch Privatrechte verletzt werden, stattfinden dürfen. Mannhardt, DJZ. **00** 124 ff. Für grundsätzliche Anwendung des neuen Rechts Hellwig, Lehrbuch I S. 31/32.

2. Die neuen Bestimmungen gelten v. 1. 1. 00 an in allen anhängigen Sachen, soweit sie nicht die Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs voraussetzen. Petersen, DJZ. **00** 201.

3. Die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs kann nur nach den zur Zeit seiner Erhebung geltenden Gesetzen beurtheilt werden. Einer zur Zeit ihrer Erhebung zulässigen Klage kann nicht dadurch der Boden entzogen werden, daß in Folge eines Wechsels der Gesetzgebung ein anderer Rechtsbehelf an Stelle der früheren Klage eingeführt wird. **RG. 46** 171.

4. Andererseits ist eine nach dem 1. 1. 00 eingelegte Beschwerde auch dann nach neuem Rechte zu beurtheilen, wenn die angefochtene Entscheidung nach altem Rechte ergangen ist. Beschl. v. 20. 1. 00. **RG.** JW. **00** 146.

5. Neue prozeßrechtliche Bestimmungen finden, soweit sie nicht mit dem materiellen Rechte im Zusammenhange stehen, ihrem Wesen gemäß auf schwebende Prozesse sofort Anwendung. Daher ist die Geltendmachung der Einrede des Schiedsvertrags in zweiter Instanz nach §§ 528, 274 Abs. 2 Ziff. 3 ausgeschlossen, auch wenn das Verfahren erster Instanz vor dem 1. 1. 00 begonnen hat. **RG.** JW. **02** 420.

6. Abgesehen von der Vorschrift in Art. 9 enthält das EG. z. CPNovelle keine Uebergangsbestimmungen. Die Bestimmungen der Novelle, soweit sie prozeßrechtlicher Natur sind, finden schlechtweg auf alle anhängigen Streitsachen sofort Anwendung, ohne Rücksicht, ob den Parteien damit Vortheile oder Nachtheile gebracht werden, und ob das Verfahren, das auch das Kostenfestsetzungsverfahren umfaßt, in der ersten oder in der Rechtsmittelinstanz anhängig ist. Demnach

kommen die neurechtlichen Vorschriften über das Zustellungswesen, dann die §§ 264, 527, 260, 257 ff., 529 Abs. 2, ferner die Erweiterung der Pfändungsverbote (§§ 811 ff. und §§ 850 ff. CPO.) auf anhängige Prozeßverhältnisse sofort zur Anwendung. Diese Regel der sofortigen Anwendbarkeit erleidet aber zwei Ausnahmen: wenn die Prozeßnorm einen materiell-rechtlichen Inhalt hat oder wenn die Prozeßnorm nach ihrer Fassung und Zweckbestimmung die Geltung des neuen bürgerlichen Rechtes voraussetzt. Unter die erstere Ausnahme fallen insbesondere die Schadensersatzansprüche aus der Vollstreckungsanlage nach §§ 302, 600, 717 n. F., wenn der Thatbestand, d. h. die Vollstreckungsanlage vor dem 1. 1. 00 entstanden ist. Unter die zweite Ausnahme, daß die altrechtlichen Prozeßnormen anzuwenden sind, wenn die neurechtliche Prozeßnorm die Geltung des neuen bürgerlichen Rechtes voraussetzt, das Prozeßverhältniß aber nach altem bürgerlichen Rechte zu entscheiden ist, fallen die Bestimmungen in §§ 325 III, 810 II, 830, 837, 864—871, 932, welche die Anlage des Grundbuchs zur Voraussetzung haben, ferner in §§ 239 V, 305, 779 II, 782—784, welche das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Voraussetzung haben. Sie sind nur anwendbar, wenn die Prozeßnorm und das materielle Rechtsverhältniß kongruent sind. Anderenfalls muß auf die altrechtliche Prozeßnorm zurückgegriffen werden. Im Effekte kommt also hier der Grundsatz des Art. 6 EG. z. KNovelle in beschränktem Umfange zur Geltung, daß die altrechtlichen Verfahrensvorschriften fernerhin maßgebend bleiben, wenn das betroffene Rechtsverhältniß nach dem bisherigen bürgerlichen Rechte zu beurtheilen ist. Diese zweite Ausnahme der Nichtanwendbarkeit kann aber durch die landesrechtlichen Ueberleitungsbestimmungen durchbrochen sein, z. B. Artt. 19 ff., 24, 62 ff. des bayerischen Gesetzes v. 9. 6. 99. Meyer, Prozeßrechtliche Uebergangsfragen. Seuff. Bl. 65 81 ff.

Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung.

§ 3. I. Rechtsstreitigkeit bedeutet diejenigen Angelegenheiten, in denen erstrebt wird

a) entweder die Fällung einer Entscheidung über das Bestehen von Rechten, sei es die bloße Feststellung eines Rechtsverhältnisses (irgend welcher Art), sei es die Verurtheilung zur Bewirkung einer geschuldeten Leistung, sei es die Entscheidung über Rechte auf richterliche Vollziehung einer Rechtsänderung (Aufhebung oder Begründung von Rechtsverhältnissen),

b) oder die Rechtsverwirklichung, also die Entfaltung der staatlichen Befehlsgewalt zu dem Zwecke, behufs Realisirung eines Rechts die dem Berechtigten gebührende Veränderung der bestehenden (thatsächlichen oder rechtlichen) Verhältnisse herbeizuführen,

c) oder die Rechtssicherung, d. h. die Fällung eines Befehls, der auf die provisorische Sicherung eines Rechts abzielt.

Hellwig, Lehrbuch I S. 40/41.

„Rechtsstreit" ist richtiger Ansicht nach auch das Entmündigungsverfahren. Hellwig, Lehrbuch I S. 52.

II. „Bürgerliche" Rechtsstreitigkeiten sind im Allgemeinen die Streitigkeiten über die Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts (Privatrechts) und die aus ihnen entspringenden Rechte und Pflichten. Es giebt einen reichsrechtlichen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit. Rechtsstreitigkeiten über öffentlichrecht-

liche Rechtsverhältnisse gehören prinzipiell vor die Verwaltungsbehörden bezw. Verwaltungsgerichte. Nur auf die Natur des Prozeßgegenstandes (des nach dem Klag- oder Widerklagantrags abzuurtheilenden Rechtsverhältnisses) kommt es an. Gleichgültig ist hier die Zugehörigkeit zur Civilgerichtsbarkeit, ob zur Entscheidung über dieses Recht publizistische Fragen als Vorfragen auf Grund öffentlichrechtlicher Normen entschieden werden müssen und ob die Bejahung des klägerischen Rechts die Verneinung eines vom Beklagten behaupteten publizistischen Rechts enthält. Hellwig, Lehrbuch I S. 59 ff. Ueber das Verhältniß der streitigen Gerichtsbarkeit zur freiwilligen Rechtspflege s. ebenda S. 75 ff.

III. Dieser Paragraph behandelt nicht die Gerichtszuständigkeit, sondern die Gerichtsart; die „ordentlichen Gerichte" des § 3 haben ihren Gegensatz in den besonderen; der § 3 bezieht sich nicht nur auf Rechtsstreitigkeiten, für welche ein ordentliches deutsches Gericht zuständig ist. Daher gehört, da nach § 158 GVG. die Ausführung der Rechtshülfe an die Amtsgerichte verwiesen wird, die einem ausländischen Gerichte zu gewährende Rechtshülfe vor die Amtsgerichte als die ordentlichen Gerichte. Wird diese Rechtshülfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gewährt, so findet nach § 3 EG. auf ihre Ausführung die CPO. statt. Francke, R. 01 31 ff. gegen Delius, Buschs Z. 28 72 ff.

§ 5 s. Bemerkungen zu § 5 EG. zum GVG.

Civilprozeßordnung.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Titel.

Sachliche Zuständigkeit des Gerichts.

Zweck des Civilprozesses ist die Verhandlung und Beweisführung in der streitigen Sache durch die Parteien. Abgesehen von den wenigen in der heutigen Prozeßgesetzgebung noch aufrecht erhaltenen Beweisregeln entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, auf welcher Seite nach seiner Ansicht die materielle Wahrheit ist. Aber der Grundsatz von der Ermittelung der materiellen Wahrheit darf nicht mit derjenigen der gerichtlichen Prozeßleitung und der Inquisitionsmaxime vermengt werden. Als Leiter des Prozesses hat der Richter die Parteien nur anzuweisen, welche Prozeßhandlungen sie vorzunehmen haben, als Inquirent aber nach Thatsachen und Beweismitteln zu spüren, welche die Parteien nicht vorbringen. Es muß aber genügen, wenn die Partei, welche ihrer Substantiirungs- und Beweispflicht, d. h. ihrer Verpflichtung, die ihren Anspruch begründenden Thatsachen und Beweismittel anzuführen, nicht nachkommt, abgewiesen oder verurtheilt wird. Die Inquisition kann und darf nicht Aufgabe des Richters im Civilprozesse sein, sie würde ihm Pflichten auferlegen, die seines Amtes nicht würdig sind, und auch seine Unparteilichkeit erschweren.

Die österreichische Civilprozeßordnung vom Jahre 1895 (§§ 182, 183) hat dieses verkannt und dem Richter ein zu weitgehendes Inquisitionsrecht eingeräumt, eine Verpflichtung, diese Befugnisse auszuüben, ist ihm allerdings nicht auferlegt und er würde sie daher in der Praxis besser nicht bethätigen v. Canstein, Inaugurationsrede, Graz 1902.

Erster Abschnitt.

Gerichte.

§§ 3—9: Joachim, Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879. Zu §§ 9 u. 10 (80—153).

§ 3. I. **Streitgegenstand** ist das im Klagantrag enthaltene Begehren des Klägers ohne Rücksicht auf die vom Kläger beigemessene wirthschaftliche Bedeutung: **RG.** JW. **00** 520; ohne Rücksicht auf die Einwendungen des Beklagten: **RG.** JW. **00** 47; ohne Rücksicht auf eine etwaige Gegenleistung: **RG.** JW. **00** 520; **00** 747; **00** 827. Bei alternativen Klagen ist, wenn der Beklagte die Wahl hat, die geringwerthige Alternative für die Werthsbestimmung maßgebend: **RG.** JW. **02** 130; bei prinzipalem und eventuellem Antrage der Werth des höheren Anspruchs **RG.** JW. **00** 10; **01** 717; Gruchots Beitr. **45** 647.

In den Rechtsmittelinstanzen bestimmt sich der Streitgegenstand nach dem Antrage des Rechtsmittelklägers: **RG.** JW. **00** 47; DJZ. **01** 259; ist ein Antrag noch nicht gestellt, so geht der Streitgegenstand soweit, als in unterer Instanz gegen den Antrag des späteren Rechtsmittelklägers erkannt ist: **RG.** JW. **00** 149; der Werth kann niemals höher sein als der Werth des Streitgegenstandes erster Instanz: **RG.** in DJZ. **01** 259; JW. **02** 269 Nr. 2; **02** 362 Nr. 16; **02** 391 Nr. 4.

II. Die §§ 4—9 enthalten eine Einschränkung des im § 3 als Regel aufgestellten freien Ermessens des Gerichts in der Festsetzung des Werthes. Wo einer der Fälle der §§ 4—9 vorliegt, ist daher das freie Ermessen ausgeschlossen (Joachim § 10 Nr. 15).

III. Die Frage, ob § 3 oder eine der Bestimmungen der §§ 4—9 zur Anwendung kommt, ist auf den Grenzgebieten zweifelhaft. Mit diesen Zweifeln beschäftigen sich eine Reihe von Entscheidungen. § 3 kommt zur Anwendung:

1. bei einer Klage auf Vollziehung einer Vertragsurkunde: **RG.** SächsA. **00** 374;

2. bei der positiven Feststellungsklage, wenn nicht eine bestimmte Summe als Betrag des festzustellenden Anspruchs angegeben ist: **RG.** JW. **00** 179; **01** 57; **02** 253; OLG. Dresden R. **01** 124;

3. bei Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vorkaufsrechts und dessen Löschung im Grundbuche: **RG.** R. **00** 152;

4. bei Klagen auf Feststellung der Unverbindlichkeit eines Vertrags: **RG. 52** 428; JW. **02** 248; **02** 253; **02** 630;

5. bei der Klage auf Entgegennahme der Auflassung: **RG.** JW. **01** 718 Nr. 4; Gruchots Beitr. **46** 1044;

6. bei der Klage auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs: **RG.** JW. **02** 358 Nr. 1;

7. bei der Klage auf Herausgabe eines Depotscheins: OLG. Posen PosMschr. **01** 142;

8. bei der Anfechtungsklage des Konkursverwalters auf Rückgewähr von Sachen: **RG.** JW. **01** 79 Nr. 1; Gruchots Beitr. **45** 367; dagegen Joachim § 10 Anm. 142.

IV. Grundsätze für die Schätzung nach richterlichem Ermessen werden aufgestellt:

1. Bei der Klage auf Leistung des Offenbarungseids gemäß bürgerlichen Rechtes, z. B. aus § 2028 BGB., handelt es sich, ebenso wie bei denen auf Inventarerrichtung, Rechnungslegung, Herausgabe von Beweisurkunden, nur um die Vorbereitung und Erleichterung der Erhebung eines Anspruchs auf Leistung von Vermögenswerthen; die Höhe der letzteren bildet daher nur den

äußersten Betrag des für jene Klagen anzunehmenden Streitwerths; innerhalb dieser Grenze ist der Streitwerth unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nach dem Interesse des Klägers gemäß § 3 CPO. zu schätzen. OLG. **4** 266 (Bamberg).

2. Bei der Klage auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs ist für die Schätzung zu beachten, daß dasselbe einerseits nicht als bloße Beweisurkunde, andererseits aber auch nicht als Werth- bzw. Inhaberpapier in Betracht kommt, sondern als Legitimationspapier. **RG.** JW. **02** 358 N. 1. Aehnlich bezüglich eines Depotscheins. OLG. Posen PosMschr. **01** 143.

3. Einstweilige Verfügungen vgl. zu § 6. Betrifft der Anspruch einen der Fälle der §§ 6—9 CPO., so ist § 3 nicht anwendbar. OLG. **4** 266 (KG.).

4. Bei einer Vormerkung, daß das Eigenthum angefochten sei, kann das Interesse des Klägers höchstens auf den nach Abzug der Realschulden verbleibenden Werth des Grundstücks geschätzt werden. **RG.** JW. **02** 124.

5. Bei Streit über die Gültigkeit einer Darlehnskündigung ist maßgebend die Beeinträchtigung, die das Vermögen des Klägers durch vorzeitige Rückzahlung erfahren würde. OLG. **4** 264 (KG.).

6. Bei der Klage auf Aufhebung einer Gesellschaft giebt für das Interesse des Klägers die Höhe seiner gesellschaftlichen Betheiligung nur einen Anhaltspunkt. Die Festsetzung der Werthe auf den vollen Betrag der Einlage würde nur dann angezeigt sein, wenn die Auflösung erstrebt wäre, um den totalen Verlust der bisher unversehrten Einlage zu verhüten. **RG.** JW. **01** 395.

7. Bei Geltendmachung gemeinschaftlichen Rechtes entscheidet nur die dem Kläger zustehende Quote. **RG.** JW. **00** 47; JW. **01** 717; JW. **02** 362.

8. Bei Klagen auf Löschung eines Gebrauchsmusters wegen Identität mit dem klägerischen entscheidet das Interesse, welches die Konkurrenz und deren Beseitigung für den Kläger hat: **RG.** JW. **02** 309; für die Popularklage dagegen der Werth, den das Gebrauchsmuster (oder Patent) allgemein in der Hand eines Gewerbetreibenden hat. **RG.** J.W. **02** 131.

9. Bei der Klage eines Gewerken auf Aufhebung eines Gewerkschaftsbeschlusses entscheidet nur das Interesse des Klägers, welches über den Werth seiner gewerkschaftlichen Betheiligung nicht hinausgehen kann; weder das Interesse der Gesammtheit, noch die Wirkung der Aufrechterhaltung der Aufhebung des Beschlusses ist zu berücksichtigen. **RG.** JW. **01** 204 und **48** 381.

§ 4. 1. Die Zuständigkeit des Gerichts wird nicht dadurch beeinflußt, daß sich der Klaganspruch zwischen Einreichung und Zustellung der Klage materiell ganz oder theilweise erledigt. OLG. Marienwerder, PosMschr. **01** 29.

2. Für die Anwendbarkeit des § 4 CPO. macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Leistungsklage oder um eine Feststellungsklage handelt, ob ferner die Leistung selbst oder für die Forderung eine Sicherstellung oder ein Vorzugsrecht verlangt wird. Joachim § 10 N. 62.

Zinsen und Kosten bleiben daher als Nebenforderungen außer Betracht

a) bei Prioritätsstreitigkeiten: **RG.** JW. **00** 292,

b) bei Interventionsklagen gemäß § 771 CPO.: **RG** R. **02** 325: JW. **02** 358 N. 2;

c) bei Klagen aus § 767 CPO.: **RG.** R **02** 462. Dagegen ist im Anfechtungsprozesse die Forderung des Klägers in ihrem ganzen Betrag, auch soweit sie Zinsen und Kosten umfaßt, als Streitwerth einzustellen. **RG.** JW. **00** 437.

3. Die Futterkosten bei der Wandelung fallen nach der Ansicht des Reichsgerichts unter den Begriff von Schäden und kommen deshalb als Nebenforderung gemäß § 4 CPO. bei der Werthsberechnung nicht in Betracht. **RG.** **52**

166; JW. **02** 543; R. **02** 510. Ebenso auch OLG. Rostock, DJZ. **00** 324; OLG. Karlsruhe, R. **02** 534; anderer Ansicht OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 271 und **RG.** KGBl. **01** 105.

4. Bei Beschwerden gegen Entscheidungen über den Kostenpunkt allein gemäß § 99 Abs. 3 CPO. sind die Kosten einer etwaigen Kostenfestsetzung, ebenso die Kosten einer vorangegangenen Beschwerde im Falle der weiteren Beschwerde als Nebenforderungen anzusehen und bei der Werthsberechnung außer Betracht zu lassen: **RG.** JW. **00** 647; JW. **01** 329. Das Gleiche gilt bei der Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß bezüglich der gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Festsetzungsverfahrens. **RG.** JW. **02** 181.

§ 5. 1. Entsprechende Anwendung muß § 5 CPO. auch finden, wenn es sich um mehrere, in einer Widerklage oder in einem Gesuch um Zahlungsbefehle, Arrest oder einstweilige Verfügung geltend gemachte Ansprüche handelt. Joachim § 10 N. 39.

2. Zur Anwendbarkeit des § 5 ist erforderlich, daß es sich um mehrere selbständige Klagebegehren handelt; eine Zusammenrechnung findet daher nicht statt, wenn das eine Klagebegehren zu dem anderen accessorisch hinzutritt und nicht selbständig ist. Joachim § 10 N. 42. Deshalb wird z. B. bei der Klage auf Anerkennung des Eigenthums, verbunden mit dem Anspruch auf Rechnungslegung und Ausantwortung der Nutzungen, nur der Werth des Eigenthumsanspruchs berücksichtigt. **RG.** JW. **02** 391.

§ 6. 1. § 6 ist auch anwendbar bei Anfechtungsklagen auf Rückgewähr von Sachen, sowohl im Konkurs, als außerhalb desselben: Joachim, § 10 N. 104 Anm. 142; dagegen **RG.** JW. **01** 79 und Gruchots Beitr. **45** 367.

2. § 6 findet Anwendung bei Klagen auf Auflassung eines Grundstücks, selbst wenn dasselbe bereits übergeben ist. **RG.** JW. **00** 10; JW. **02** 630; Gruchots Beitr. **44** 1146; jedoch nicht bei der Klage auf Entgegennahme der Auflassung **RG.** JW. **01** 718; Gruchots Beitr. **46** 1044.

3. Ist nur der Besitz eines Theiles der Sache oder nur der Mitbesitz Streitgegenstand, so entscheidet der Werth der Sache nur zu dem entsprechenden Theilbetrage. **RG.** JW. **00** 735.

4. Im Verfahren betr. die Anordnung einer Arrest- oder einer einstweiligen Verfügung aus § 935 CPO. handelt es sich um Sicherstellung einer Forderung, es ist deshalb § 6 anzuwenden, und der Betrag des Arrestanspruchs maßgebend: Joachim § 10 N. 113 gegen die bisherige Praxis des Reichsgerichts.

5. Ein Pfandrecht ist Streitgegenstand a) bei der Klage auf Löschung einer Hypothek: **RG.** JW. **00** 827, 2; b) bei Absonderung im Konkurse: OLG. Colmar JZ. f. E.-L. **00** 265. Dagegen nicht bei Prioritätsstreitigkeiten: Joachim § 10 N. 123; jedoch ist § 6 analog anzuwenden: **RG.** JW. **00** 292.

6. Bei Bestimmung des Werthes des Pfandgegenstandes sind die auf demselben ruhenden, dem streitigen Pfandrechte vorgehenden Pfandforderungen nicht in Abzug zu bringen: OLG. 4 267 (Rostock). Ueberhaupt kommt es nicht darauf an, ob sich der gemeine Werth für den Kläger durch anderweitige Belastungen oder sonstige Verschlechterung des Pfandes verringert: Joachim § 10 N. 126 und Anm. 171 gegen **RG.** Gruchots Beitr. **35** 1177.

§ 7. Für die Schätzung des Mehrwerths des herrschenden Grundstücks sind die persönlichen Verhältnisse des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks gleichgültig; insbesondere kommt es nicht auf einen etwaigen Mehrwerth anderer Grundstücke desselben Eigenthümers an. **RG.** R. **01** 542.

§ 8. 1. Bei Räumungsklagen findet § 8 dann Anwendung, wenn dadurch die Fortdauer eines Miethverhältnisses für eine vertraglich bestimmte Zeit streitig wird. OLG. **4** 262 (Cöln).

2. § 8 ist nur anwendbar bei Klagen zwischen Miether und Vermiether (Pächter und Verpächter), nicht bei einem Streite zwischen anderen Personen. Joachim § 10 N. 138.

3. Zu den Mieth- und Pachtverhältnissen gehört auch die Weitervermiethung oder Weiterverpachtung im Sinne des § 549 BGB. Joachim § 10 N. 140.

§ 9. 1. Auf Rückstände von Alimenten oder anderen wiederkehrenden Leistungen bezieht sich § 9 nicht: OLG. **4** 262 (KG.); OLG. Karlsruhe, Bad. Rpr. **02** 340.

2. Beim Alimentenanspruche des unehelichen Kindes ist, ebenso wie bei Alimenten auf Lebenszeit, die Zeit des Wegfalls ungewiß. Joachim § 10 N. 151.

Vgl. auch OLG. **4** 264 (Zweibrücken).

3. Die Bestimmung des § 9 wird durch § 9a GKG. nur insoweit eingeschränkt, als es sich um Renten aus §§ 843, 844 BGB. handelt, nicht also bei Renten aus ALR. I. 6 oder der lex Aquilia: **RG.** JW. **01** 458 und **01** 724.

§ 10 soll sich nach Bunsen, S. 65 Anm. 2 nur auf ein „Urtheil in der Sache" beziehen.

Dagegen: Der § 10 umfaßt auch die Fälle, in denen das Landgericht seine Zuständigkeit durch besonderes Zwischenurtheil ausgesprochen hat. Er bezweckt sonach nicht bloß, die Erneuerung bereits zu Ende geführter Prozesse zu verhindern. **RG.** JW. **02** 17. Seuff. A. **57** 158.

Zweiter Titel.
Gerichtsstand.

§ 12. Gegenüber der Einrede der Unzuständigkeit giebt es keine replicatio doli. OLG. **5** 223 (KG.).

Da, wo der Nachweis der Kompetenzthatsachen mit dem Nachweise des ganzen Thatbestandes der Klage zusammenfällt, genügt die bloße Behauptung der kompetenzbegründenden Thatsachen. **RG.** JW. **01** 396.

Ueber die Frage einer Veränderung der für die Zuständigkeit maßgebenden Thatsachen nach Einreichung der Klage vgl. Bemerkungen zu § 263.

§ 13. Es genügt zur Begründung des Gerichtsstandes des § 13, wenn der Beklagte vor der ersten mündlichen Verhandlung seinen Wohnsitz in den Bezirk des angegangenen Gerichts verlegt. **RG.** JW. **02** 443; OLG. **5** 112 (Rostock).

§ 15. Ueber die Befugniß der Landesgesetzgebung, diese Personen der Gerichtsbarkeit der Gemeindegerichte zu unterwerfen, vgl. Bemerkungen zum GVG. § 14 Nr. 3.

§ 16. Ein Beweis dafür, daß der Beklagte einen Wohnsitz nicht habe, kann von dem Kläger nicht verlangt werden. Er hat zu beweisen, daß er die nach Lage der Sache erforderlichen Nachforschungen nach dem Wohnsitz angestellt habe. **RG.** JW. **00** 410.

§ 17. Nach Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 220 ff. sind solche „Vermögensmassen": Die Konkursmasse, das Vermögen eines aufgelösten Vereins, das nach BGB. § 928 subjektlose Eigenthum, das erbschaftliche Sondervermögen während der Nachlaßverwaltung, der Nachlaßpflegschaft und der Testamentsvollstreckerschaft; die Vermögensmassen, die auf Grund spezieller Bestimmung (BGB. § 1052, Zw.VGes. §§ 146 ff., StrPO. § 337) oder kraft der generellen

Norm des § 938 CPO. unter Verwaltung gestellt sind, endlich das Vermögen derjenigen Gesellschaften oder Vereine, „die als solche klagen und verklagt werden können", ohne juristische Person zu sein.

Wesentlich ist die separatio bonorum, d. h. daß der fragliche Vermögenskomplex unter eine selbständige, diejenige seines Subjekts ausschließende Verwaltung gestellt wird.

Die CPO. schafft diese Vermögensmassen nicht, sondern setzt sie voraus. Hellwig S. 248.

§§ 17, 21. Durch das Statut und die Eintragung im Genossenschaftsregister wird der Sitz der eingetragenen Genossenschaft bindend festgestellt, ohne daß von Bedeutung wäre, ob an diesem Orte die Verwaltung thatsächlich geführt wird. Ebenso im Falle §§ 24, 80 Satz 3 BGB.

Daraus ergiebt sich, daß solche Verbände die oder eine gewerbliche Niederlassung im Sinne des § 21 an einem anderen Orte haben können, als an dem des Sitzes. RG. JW. 02 161.

§ 18. Ueber Vertretung des Reichsfiskus in Elsaß-Lothringen durch die Intendantur vgl. JZ. f. Elſ.-Lothr. **25** 313 (OLG. Colmar).

§ 20 Abs. 2. Die Bestimmung in Abs. 2 ist für Militärpersonen eine Ergänzung des § 13; vorausgesetzt wird auch bei ihnen ein Aufenthalt von voraussichtlich längerer Dauer, so daß ein zu vierzehntägiger Uebung einberufener Reserveoffizier dem Gerichtsstande nicht unterworfen ist. Förster-Engelmann N. 3. Anders Gaupp-Stein N. 3, Wach I 417.

Ueber die Befugniß der Landesgesetzgebung, Militärpersonen der Gerichtsbarkeit der Gemeindegerichte zu unterwerfen, vgl. Bemerkungen zum GVG. § 14 Nr. 3.

§ 21. 1. Niederlassung: Geschäftsstelle, die dem Hauptetablissement gegenüber Selbständigkeit zusteht und die nicht bloß in Ausnahmefällen und in Sachen von untergeordneter Bedeutung selbständig handeln kann.

Eine solche Niederlassung ist nicht die Betriebsinspektion der Preuß. Eisenbahnverwaltung. **RG. 50** 396.

2. Die Eintragung einer Fabrik als Zweigniederlassung begründet für die auf diese Fabrik bezüglichen Geschäfte den Gerichtsstand des § 21 unter Ausschluß des Einwandes, daß von der Fabrik aus unmittelbar keine Geschäfte geschlossen würden. **RG. 50** 428.

3. Ueber den Unterschied der Niederlassung von einer bloßen Hülfseinrichtung zur Förderung des Gewerbebetriebs vgl. OLG. 5 223 (KG.)

§ 22. 1. Der Gerichtsstand ist begründet, auch wenn der Beklagte leugnet, daß er der Gesellschaft beigetreten sei. Wenn der Nachweis der Zuständigkeit mit dem Nachweise des Thatbestandes der Klage zusammenfällt, so genügt rechtsgrundsätzlich die Behauptung der Thatsache, die die Zuständigkeit begründet, weil mit dieser Thatsache die Klage selbst besteht oder fällt (RG. **29** 371). **RG.** JW. **02** 125.

2. Der Gerichtsstand des § 22 ist auch für Rechtsnachfolger des Vereins und auch gegen ausgeschiedene Mitglieder begründet. OLG. Braunsch. R. **02** 590.

3. Die stille Gesellschaft hat keinen Gerichtsstand nach § 22. **RG.** JW. **00** 621.

§ 23. 1. Ein Handelsbuch ist Vermögen im Sinne des § 23. **RG. 51** 163 JW. **02** 270; Seuff. A. **57** 293 (Dresden).

2. Beim Streite zweier Forderungsprätendenten über einen hinterlegten Betrag bestimmt sich die Lage des Klagegegenstandes nach dem Wohnorte bzw. Wohnsitze des Schuldners. Klagegegenstand sind nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Forderungen.

Der Gerichtsstand des Vermögens hat nicht zur Voraussetzung, daß der in Anspruch genommene Gegenstand sich im Besitze des Beklagten befindet. **RG. 51** 256 (übereinstimmend Petersen-Anger, anders Gaupp-Stein, Wach).

3. Der Beklagte ist nicht mit dem Einwande zu hören, daß die Forderung, auf deren Existenz der Kläger die Zuständigkeit des Gerichts nach § 23 stützt und für die ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliegt, materiell nicht ihm, sondern einem Dritten zustehe. **RG.** JW. **00** 588.

4. Der Gerichtsstand einer ausländischen Versicherungsgesellschaft für irgendwelche obligatorische Klagen ist am Wohnsitze eines ihrer Prämienschuldner begründet. OLG. Karlsr. Bad. Rechtspr. **02** 268.

§ 24. 1. Wenn nach § 26 CPO. die Klage wegen Beschädigung des Grundstücks nur elektiv in den dinglichen Gerichtsstand gehört, so können unter den in § 24 bezeichneten Klagen, durch welche das Eigenthum geltend gemacht wird, nur die Klagen zu verstehen sein, bei denen das Eigenthum oder das Bestehen oder das Nichtbestehen einer dinglichen Belastung der Prozeßgegenstand ist, über den rechtskräftig entschieden wird. Hellwig, Anspruch und Klagerecht 35.

Es gehören daher nicht in das ausschließliche forum rei sitae alle Klagen wegen Beschädigung und die Klagen wegen gezogener und zu ziehender Früchte, wegen der das Eigenthum aufhebenden Veräußerung (§ 816), kurz alle Klagen aus persönlichen Eigenthumsansprüchen. Hellwig, a. a. O. 35, anders Dernburg, Bürgerliches Recht III § 119 a. E.

Auch die Klagen aus dinglichen Eigenthumsansprüchen fallen nicht unter § 24, sondern nur diejenigen, welche zur Entscheidung über den dinglichen Rechtsstand führen. Das sind aber nur die positiven und negativen Feststellungsklagen, sei es, daß sie allein, sei es, daß sie in Verbindung mit einem Eigenthumsanspruche geltend gemacht werden.

Unter die „Besitzklagen" fallen dagegen nicht nur Klagen zur Feststellung des Besitzverhältnisses, sondern alle Klagen, welche die aus dem Besitze fließenden Rechte geltend machen, also auch die Klagen der §§ 861 ff. Hellwig, a. a. O. 36.

2. Für die Klage auf Löschung einer Hypothek ist, wenn auch der Beklagte wegen mangelnden Eintrags im Hypothekenbuche kein dingliches Recht, sondern nur einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung des zu löschenden Pfandrechts erlangt hat, das Gericht der belegenen Sache nach § 24 CPO. zuständig. **RG.** JW. **01** 187.

3. Der Streit, ob ein Pfandrecht an einer Hypothek zu Recht bestehe oder nicht, fällt nicht unter § 24, da die Hypothek keine unbewegliche Sache ist. **RG. 51** 231, JW. **02** 310.

4. Der dingliche Gerichtsstand ist für eine Klage auf Rückübertragung des Eigenthums an einem Grundstücke nach Anfechtung des obligatorischen Kausalgeschäfts nicht begründet. Anders wäre es, wenn die Auflassung angefochten wäre. OLG. 5 18 (KG.).

5. Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann gegen den Ehemann im dinglichen Gerichtsstande erhoben werden, wenn dieser gegen die Frau begründet ist. OLG. 5 129 (Dresd.).

§ 26. Unter „Erbschaftsbesitzer" ist nur der Erbrechtsprätendent zu verstehen. Hellwig, Anspruch 63 Anm. 6.

§ 28. Gerichtsstand der Erbschaft ist nur der letzte allgemeine Gerichtsstand des Erblassers. Damit sind subsidiäre Gerichtsstände desselben für die Rechtsverfolgung gegen den Erben ausgeschlossen. S. unten § 29, 3.

§ 29. Vgl. zu § 437 BGB.

1. Streitige Verpflichtung bei der Wandelung ist immer nur die Verpflichtung des Verkäufers, die Handlungen vorzunehmen und die Willenserklärungen abzugeben, welche zur Rückgängigmachung des Kaufes, also aller bisher gezeitigten Wirkungen des Vertrags, erforderlich sind. Nicht darum handelt es sich, ob der Käufer verpflichtet ist, Kaufgeld zu zahlen, sondern darum, ob der Verkäufer verpflichtet ist, dem Verlangen des Käufers entsprechend den Erfüllungsanspruch aufzugeben. Werner, R. **02** 340 (Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechts).

2. Vgl. hierzu auch OLG. **2** 397 (Köln): Erfüllungsort bei der Wandelungsklage ist der Wohnsitz des Käufers.

3. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts aus § 29 CPO. ist nicht gegeben für Klagen gegen Erben aus Verträgen, die deren Erblasser geschlossen hatte; denn der Erfüllungsort aus einem Vertragsverhältnisse des Erblassers ist nicht auch unmittelbar Erfüllungsort für den Erben. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist ein subsidiärer Gerichtsstand nur für den Schuldner in Person, nicht für dessen Gesammtrechtsnachfolger. AA. Keidel, R. **02** 174.

Dagegen Petersen ebenda 231:

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den Fällen, in denen die Klage gegen den Vertragschließenden selbst gerichtet wird, und denjenigen, in denen die Erben verklagt werden müssen. Auch kann nicht angenommen werden, daß die im Vertrag enthaltene oder aus dem Gesetz zu entnehmende Regelung des Erfüllungsortes dadurch ihre Bedeutung verliert, daß einer der Vertragschließenden stirbt. Es ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger durch diesen Todesfall das Recht einbüßen soll, daß der Vertrag an dem für den Verstorbenen selbst maßgebenden Erfüllungsorte erfüllt werden müsse. Die §§ 27, 28 haben mit der ganzen Frage überhaupt nichts zu thun. Trifft § 29 zu, so kann der Gläubiger von dem darin vorgesehenen Gerichtsstande Gebrauch machen, gleichviel, ob er nach § 28 auch im Gerichtsstande der Erbschaft klagen kann, oder ob das nicht der Fall ist. Dasselbe gilt für die Klagen, für die ein anderer besonderer Gerichtsstand, z. B. der des § 30 oder der § 32 in Betracht kommt. „Der Erbe haftet, eben weil er Erbe ist, aus dem Vertrag und muß ihn ebenso erfüllen, wie es vom Erblasser verlangt werden könnte, wenn er noch lebte".

4. Durch den Antrag des Klägers wird zwar im Allgemeinen bestimmt, welche Verpflichtung als die streitige anzusehen ist, aber der Kläger kann dadurch allein, daß er die Erfüllung der streitigen Verpflichtung an einem bestimmten Orte verlangt, nicht nach seinem Belieben die Zuständigkeit des Gerichts dieses Ortes gemäß § 29 CPO. begründen. Es kommt vielmehr für die Frage, an welchem Orte der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gegeben ist, darauf an, wo die den Gegenstand der Klage bildende Verpflichtung an sich nach dem materiellen Rechte zu erfüllen ist, sofern nicht die Vereinbarung eines anderen Erfüllungsorts in der Klage behauptet ist. RG. **49** 73.

5. Der Gerichtsstand des § 29 greift auch dann Platz, wenn wegen Unmöglichkeit der Erfüllung Schadensersatz gefordert wird. Der Gerichtsstand richtet sich nach der vertragsmäßigen Verpflichtung. RG. JW. **02** 73.

6. Der Gerichtsstand des § 29 CPO. wird durch den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung bestimmt, und als solche kann nur diejenige gelten, bezüglich deren das Urtheil verlangt wird. Beantragt der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens einer nach der Behauptung des Beklagten ihm obliegenden Vertragspflicht, so ist diese die streitige Verpflichtung und zwar auch dann, wenn der Kläger behauptet, daß sie durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Beklagten zustehenden Gegenforderung erloschen sei. Dies gilt selbst dann, wenn nur die

Gegenforderung bestritten ist, und auch dann, wenn der Klagantrag nicht auf Feststellung gerichtet ist, sondern auf Verurtheilung des Beklagten zur Anerkennung, daß ihm der nach Angabe des Klägers erloschene Anspruch nicht zustehe. **RG.** DJZ. **02** 475.

7. Wird ein von beiden Seiten erfüllter Kaufvertrag vom Käufer wegen Irrthums oder Betrugs angefochten (BGB. § 142), so ist für die Klage des Käufers auf Rückgewähr des Kaufpreises ein Gerichtsstand nach § 29 nicht am Wohnorte des Käufers, sondern nur am Wohnorte des Verkäufers gegeben und zwar auch dann, wenn gleichzeitig auf Rückempfang der Waare geklagt wird (BGB. § 269). **RG. 49** 421.

8. Es erscheint unbedenklich, bei Gattungskäufen gemäß § 269 BGB. anzunehmen, daß der Käufer die ihm obliegende Abnahmepflicht in der Regel an dem Orte zu erfüllen hat, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte; denn gerade die zu dieser Zeit vorhandene individuelle Unbestimmtheit des Kaufgegenstandes schließt die Annahme aus, daß etwa mit Rücksicht auf den letzteren, der bei der Erfüllung der Abnahmeverpflichtung des Käufers hauptsächlich in Betracht kommt, aus der Natur des Schuldverhältnisses ein anderer Ort für die Erfüllung dieser Verpflichtung zu entnehmen sei. Andererseits wird bei einer Verschiedenheit des Wohnsitzes oder des Ortes der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers und des Käufers für letzteren eine Verpflichtung, die Waare an dem Wohnsitz oder dem Niederlassungsorte des Verkäufers abzunehmen, nicht dadurch begründet, daß der Verkäufer gemäß § 269 BGB. die ihm nach § 433 Abs. 1 BGB. obliegende Uebergabe der Waare in der Regel, wenigstens bei Gattungskäufen, an seinem Wohnsitz oder Niederlassungsorte zu bethätigen hat; denn hieraus ist nicht ein gemeinsamer Erfüllungsort für das ganze Vertragsverhältniß herzuleiten (vgl. § 269 BGB.). Vielmehr kann bei der Verschiedenheit der dem einen und dem anderen der Vertragschließenden obliegenden Leistungen der Erfüllungsort für beide auch verschieden sein. Insbesondere fällt bei Distanzkäufen, wie ein solcher hier in Frage steht, die dem Käufer obliegende Abnahme der Waare örtlich nicht nothwendig mit der Uebergabe der Waare durch den Verkäufer zusammen. Dieser Verpflichtung genügt der Verkäufer in der Regel dadurch, daß er die Waare an seinem Wohnsitz oder Niederlassungsort einem Transportunternehmer behufs Uebermittelung an den Käufer übergiebt (vgl. § 447 BGB.), während der Käufer sie erst nach ihrer Ankunft am Bestimmungsorte bei der in der Regel an seinem Wohnsitz oder gewerblichen Niederlassungsort erfolgenden Ablieferung abzunehmen hat. **RG. 49** 75.

9. Auch bei Entschädigungsklagen wegen nicht gehöriger Erfüllung ist nicht der im einzelnen Falle geltend gemachte Ersatzanspruch, sondern die Vertragserfüllungspflicht des auf Entschädigung in Anspruch genommenen Kontrahenten als die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 CPO. anzusehen. **RG.** JW. **01** 397; **02** 604.

10. Ist bei einem Kaufvertrage die Hingabe einer Sicherheit von dem Käufer an den Verkäufer bedungen und erfolgt, so ist die Klage auf Rückgabe der Sicherheit nach Hinfälligkeit des Kaufes eine Vertragsklage auf Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtung der Rückgabe der Sicherheit nach deren Erledigung, und der Gerichtsstand des § 29 CPO. begründet. **RG.** JW. **01** 139. Anders OLG. **5** 18 (Hamburg).

11. Gegenüber der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts beschränkt sich die Beweispflicht des Klägers auf diejenigen Thatsachen, aus denen folgt, daß die Zuständigkeit des Gerichts besteht, falls der mit der Klage verfolgte Anspruch begründet ist, wogegen mit Bezug auf den Anspruch selbst die Behauptung

der klagebegründenden Thatsachen genügt. Wird die Zuständigkeit auf § 29 CPO. gestützt und ergiebt sich der Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung aus dem derselben zu Grunde liegenden Vertrage selbst, so fällt der Nachweis der Zuständigkeit mit dem Nachweise der Begründung des Anspruchs zusammen. In solchem Falle ist für die gesonderte Verhandlung und Entscheidung über die Unzuständigkeitseinrede kein Raum. **RG.** JW. **01** 396.

12. Wird durch einen Vertrag die Verpflichtung zu einem Unterlassen übernommen, so ist für die Klage auf Unterlassung der Zuwiderhandlung das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Aus dem Wesen der Unterlassungspflicht lassen sich Gründe gegen die Anwendbarkeit des § 269 BGB. nicht herleiten. RG. 51 311.

§ 31. Im Zweifel ist der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, der Wohnsitz des Verwalters. OLG. **1** 159 (Bamberg).

§ 32. 1. Der Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne des § 32 CPO. reicht mindestens soweit, wie das jeweilige materielle Recht ihn bestimmt, so daß er sehr wohl durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Erweiterung erfahren haben kann. Auch läßt sich nicht leugnen, daß für die Annahme, daß letzteres geschehen sei, die Umstände sprechen, daß in dem 25. Titel des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der die Ueberschrift „Unerlaubte Handlungen" trägt, verschiedene Thatbestände Aufnahme gefunden haben, die nach der bis dahin ausnahmslos geltenden Auffassung nicht, oder wenigstens nicht unmittelbar unter diesen Begriff gefallen sein würden, und daß andererseits eine besondere Begriffsbestimmung der unerlaubten Handlung sich in der neuen Gesetzgebung nirgends findet. Zu den erwähnten Thatbeständen gehören zum Theil solche, bei welchen nach dem dem Gesetze zu Grunde liegenden Gedanken von einer Präsumtion des Verschuldens des gesetzlich Haftbaren ausgegangen wird, wie aus den in diesem Sinne zugelassenen Einredebeweisen zu erkennen ist (§§ 831, 832, 834, 836, 837, 838). Daß in Fällen solcher Art das forum delicti commissi Platz greife, wurde auch früher schon vielfach angenommen, vgl. z. B. Wach, Civilprozeßrecht Bd. 1 § 38 S. 468 ff., und ist unbedenklich. **RG. 50** 409. — Vgl. auch vor § 823 BGB. Vorb. 12.

2. Klagen aus § 1 HaftpflG. fallen nicht unter § 32. **RG. 50** 408; **RG.** JW. **02** 181; OLG. **3** 431 (Hamm). Anders Gaupp-Stein III. zu § 32.

3. Die nach § 3 Nr. 2 Anf.-G. v. 21. 7. 79 (20. 5. 98) anfechtbaren Verträge sind als unerlaubte Handlungen im Sinne des § 32 CPO. anzusehen. Der Anfechtungsgrund ist derselbe wie im Falle des § 3 Nr. 1, nur die Beweislast ist verschoben. **RG. 48** 401.

4. Als Gerichtsstand der unerlaubten Handlung kommt bei Patent-Verletzungsklagen, und zwar sowohl für den Unterlassungs- als für den Schadensersatzanspruch, jeder Ort in Frage, wohin die Lieferung des Produkts der Patentverletzung zum Zwecke des Feilhaltens oder Verkaufens erfolgt ist. KGBl. **02** 47 (KG.).

5. Setzt sich der Klagegrund aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken zu Tage getretenen Vorgängen zusammen, so ist in jedem dieser Bezirke der Gerichtsstand des § 32 gegeben. **RG.** JW. **02** 358. Anders OLG. **5** 18 (KG.).

§ 33. 1. Der Gebrauch des Wortes „Widerklage" ist anerkanntermaßen kein Erforderniß für deren wirksame Erhebung. **RG. 51** 321.

2. Jeder in einem Vertheilungsstreite gestellte Antrag, wonach es bei dem Theilungsplane verbleiben soll, enthält zugleich das Verlangen, daß die Aufrechterhaltung des Theilungsplans dem Kläger gegenüber ausgesprochen, letzterer also zu dessen Anerkennung verurtheilt werde. Damit ist der Wille, als Widerkläger aufzutreten, genügend zum Ausdrucke gebracht. **RG. 51** 321.

3. Auch wenn die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 nicht vorliegen, ist die Widerklage zulässig, sofern die Voraussetzungen des vereinbarten Gerichtsstandes nach §§ 38, 39 gegeben sind. **RG. 46** 424; JW. **02** 89. Anders OLG. **5** 19 (**Dresden**).

4. Zu den einer Partei durch Urtheil auferlegten „Kosten des Rechtsstreits" können die durch Ankündigung einer demnächst nicht erhobenen **Widerklage** verursachten Kosten nicht gerechnet werden, wenn das Urtheil über diese Kosten nichts bestimmt. **RG. 51** 5 (Plen).

§ 34. Der Gerichtsstand des § 34 ist nur gegen die Parteien begründet, nicht aber für Klagen gegen Dritte, die am Hauptprozesse gar nicht betheiligt gewesen sind und den Prozeßbevollmächtigten nur gegen das Versprechen einer fest bestimmten Vergütung beauftragt haben, eine Partei im Hauptprozesse zu vertreten. OLG. **5** 18 (Hamburg).

§ 36. 1. Wenn zum Zwecke der Klage gegen mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnende Personen gemäß § 36 CPO. ein bestimmtes Gericht für zuständig erklärt wurde und der Antragsteller in dieser Beziehung erklärt hat, er wolle zunächst eine verneinende Feststellung, außerdem aber auch Verurtheilung zu Schadensersatz beantragen, so folgt daraus, daß in beiden Richtungen das nämliche Gericht für zuständig erklärt ist, nicht, daß nun beide Ansprüche in derselben Klage geltend gemacht werden müssen. **RG.** JZ. f. Elf.-Lothr. **26** 78.

2. Nr. 4 setzt voraus, daß die Klage sich auf eine einzelne unbewegliche Sache oder auf einen durch ein besonderes rechtliches Band zu einer Einheit verbundenen Komplex von Immobilien richtet. Zur Einklagung einer Gesammthypothek, welche auf mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken belegenen Grundstücken haftet, ist demgemäß ein außerordentlicher Gerichtsstand nicht zu bestimmen. **RG.** JW. **01** 383.

Ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand kann nicht für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung der Hypothekenbriefe über eine Gesammthypothek, die auf mehrere in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegenen Grundstücken eingetragen ist, bestimmt werden. OLG. **2** 425 (KG.).

3. § 36 Nr. 5 und 6 CPO. sind auf das Verhältniß der Gewerbegerichte zu einander und zu den ordentlichen Gerichten anwendbar. Wittmaack, A.civ. Pr. **90** 25.

Dritter Titel.

Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. Die Zuständigkeit der Elbzoll- und Rheinschiffahrtsgerichte kann in Sachen, die an sich vor die ordentlichen Gerichte gehören, durch Vereinbarung nicht begründet werden. Auch die Prorogation von einem Elbzoll- oder Rheinschiffahrtsgericht auf ein anderes ist nicht gestattet.

Ueber die Prorogation in Agrarsachen vgl. Bemerkungen zum GVG. § 14 Nr. 2.

Eine Prorogation von einem örtlich zuständigen Gewerbegericht auf ein anderes ist zulässig. Ebenfalls sind die Parteien berechtigt, wenn für eine nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes von 1890 an sich zu den gewerbegerichtlichen gehörende Streitigkeit ein ordentliches Gericht deshalb zuständig ist, weil in dem betreffenden Orte ein Gewerbegericht nicht besteht, durch Vereinbarung die Zuständigkeit eines in einem anderen Orte existirenden Gewerbegerichts zu begründen. Wittmaack, A.civPr. **90** 13 f., 27 ff. Die Zulässigkeit der Prorogation von den Sondergerichten an ein ordentliches Gericht verneint Hellwig Lehrbuch I S. 87.

2. Wird die Zuständigkeit des Gerichts auf Prorogation gestützt, vom Gegner aber die Gültigkeit der Prorogationsabrede bestritten und der Einwand der Unzuständigkeit erhoben, so ist auch bei Vorabentscheidung nach § 275 die Wirksamkeit der Abrede nicht nur unter Berücksichtigung der der Vereinbarung selbst entspringenden Fragen, sondern auch der aus einem Abhängigkeitsverhältnisse zu einem Hauptvertrage sich ergebenden zu prüfen. Sind allerdings die kompetenzbegründenden Thatsachen zugleich nothwendige Thatbestandsmomente des Anspruchs selbst, so bedürfen sie eines besonderen Nachweises als Voraussetzung der örtlichen Zuständigkeit nicht. Es genügt ihre Behauptung. Hängt aber rein zufällig die Gültigkeit der Prorogationsabrede von der Gültigkeit der Hauptabrede ab, z. B., weil beide Bestandtheile eines Vertrags sind, so bedarf es der gedachten umfassenden Prüfung. **RG.** JW. **01** 285.

§§ 38, 39. Hat sich der Kläger auf die Widerklage eingelassen, ohne die Unzuständigkeit des Gerichts gemäß § 33 zu rügen, so ist die Zuständigkeit begründet. §§ 38, 39 scheiden nicht zwischen Klage und Widerklage. **RG. 46** 424; JW. **02** 89.

Vierter Titel.

Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 42. Die Theilnahme eines Richters an dem Erlaß eines dieselbe Frage betreffenden Erkenntnisses in einem anderen Rechtsstreit ist selbst dann kein Ablehnungsgrund, wenn feststeht, daß er die Frage bei Abfassung des früheren Erkenntnisses in einem dem Ablehnenden nachtheiligen Sinne beantwortet hat. **RG.** JW. **01** 33.

§§ 42, 45, 47. 1. Nach §§ 45, 47 CPO. ist zwar der abgelehnte Richter verhindert, an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch theilzunehmen, das gilt aber nicht für Fälle, in denen ein Ablehnungsgesuch im Sinne der §§ 42 ff. offenbar gar nicht vorliegt. Eine Ablehnung, die lediglich darauf gestützt werden könnte, daß der Richter an einer früheren, einen Parteiantrag zurückweisenden Entscheidung betheiligt war, oder hierbei unterzeichnet hat, will das Gesetz nicht verstatten. Der Ablehnung unterliegt der einzelne Richter, nicht das Gericht selbst. Eine Ablehnung jedes einzelnen Mitglieds eines Gerichts, abgesehen von seiner Persönlichkeit, ist identisch mit der Ablehnung des Gerichts. Das Ablehnungsrecht soll nicht die Möglichkeit gewähren, die Rechtsprechung des Reichsgerichts unmöglich zu machen. Derartige, dem Sinne des ganzen Instituts zuwiderlaufende Gesuche können unberücksichtigt gelassen werden, eines Bescheids bedarf es nicht. **RG.** JW. **01** 397.

2. Die Behauptung, ein Schiedsrichter sei Freund und Innungsgenosse der Gegenpartei, ist keine genügende Begründung der Besorgniß vorhandener Befangenheit. **RG. 47** 424.

3. Die von einem Beisitzer in öffentlicher Sitzung gemachte Aeußerung, er halte die Partei für zahlungsunfähig, ist zur Begründung der Ablehnung genügend. OLG. 2 292 (Hamburg).

4. Ist durch Ablehnung sämmtlicher Mitglieder eines Oberlandesgerichts bis auf 2 dasselbe beschlußunfähig im Sinne des § 45 CPO., so ist Herbeiführung der Beschlußfähigkeit durch Berufung von Hülfsrichtern gemäß § 122 GVG. nicht statthaft; es entscheidet das im Instanzenzuge höhere Gericht. **RG.** JW. **01** 33.

5. Der Verstoß gegen § 47 begründet keine formale Nichtigkeit. **RG.** JW. **02** 249.

6. Ist das Ablehnungsgesuch nach der Vornahme der Handlung rechtskräftig zurückgewiesen, so kann diese nicht an einem späteren Verfahren deswegen angefochten werden, weil zur Zeit der Vornahme das Ablehnungsgesuch noch nicht erledigt war. **RG.** JW. **02** 249.

Zweiter Abschnitt.
Parteien.

Erster Titel.
Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

§ 50. A. Wie die materielle Rechtsfähigkeit die Parteifähigkeit in sich schließt, so auch umgekehrt die Parteifähigkeit ein Stück materieller Rechtsfähigkeit. Denn in dem Prozesse kann die Partei vermöge des geltenden, sogenannten Dispositions- oder Verhandlungsprinzips einen willkürlichen Einfluß auf die thatsächliche Urtheilsgrundlage und dadurch auf das Urtheil selbst ausüben, mithin indirekt und mittelbar die Neubegründung, Aufhebung, Aenderung des materiellen Rechtes bewirken und sogar durch Anspruchsanerkenntniß, Anspruchsverzicht und Vergleich direkt über dasselbe verfügen. Es giebt aber nur eine wirkliche, wahre Parteifähigkeit der parteifähigen Personenvereine und nicht eine sogenannte „bloß formelle Parteifähigkeit"; denn diese (wie Wach sie annimmt) wäre gar keine Parteifähigkeit, sondern nur ein abgekürztes Aktenrubrum zur Bezeichnung der einzelnen Mitglieder als der Prozeßparteien in der Stellung von Vereinsgenossen. Jede Prozeßpartei kann ferner nur mit einem Willen einheitlich handeln; es giebt daher auch keine Parteifähigkeit und keine Parteistellung zur gesammten Hand, so daß sowohl der Verein, als auch daneben und in ihm zugleich auch noch die Mitglieder die Parteien wären und daß im Prozesse des Vereins in Bezug auf die einzelnen Prozeßhandlungen (Schwurpflicht, Zeugnißfähigkeit, Interventionsberechtigung) bald der Verein als solcher, bald die Mitglieder als die Prozeßpartei an die Oberfläche treten. Im Prozeß eines parteifähigen Personenvereins ist dieser als solcher, vertreten durch seine gesetzlichen oder statutenmäßigen Organe, die alleinige Partei, d. h. das von seinen Mitgliedern gesonderte, allein verfügungsberechtigte, prozessualische Rechtssubjekt, und seine Mitglieder sind nicht Partei; jeder parteifähige Personenverein, auch der nicht rechtsfähige, hat im Prozesse die Stellung einer juristischen Person, ohne Rücksicht auf seine civilrechtliche Struktur. Das gilt insbesondere auch von der offenen Handelsgesellschaft. Ein nicht parteifähiger Personenverein dagegen kann überhaupt als solcher nicht klagen und verklagt werden; vielmehr können hier immer nur die einzelnen Mitglieder die Parteien sein als Streitgenossen: ob als gewöhnliche oder qualifizirte (CPO. § 62), hängt von der Natur des streitigen Rechtes ab.

Daraus ergiebt sich, daß schwurpflichtig für den parteifähigen Personenverein nur dessen vertretungsbefugte Organe und nicht die Mitglieder als solche sind, und daß diese, weil nicht Partei, zeugnißfähig und interventionsberechtigt sind. Analoge Konsequenzen ergeben sich für die Vollstreckbarkeit des Urtheils. Das Handelsgesetzbuch hat dieselben für die offene Handelsgesellschaft gezogen, aber mit Recht dem Urtheil im Gesellschaftsprozeß materiell (erweiterte) Rechtskraft auch gegen die Mitglieder beigelegt. HGB. §§ 124, 129.

Diese Gleichstellung aller parteifähigen Personenvereine im Prozesse mit den juristischen Personen, ohne Rücksicht auf ihre civilrechtliche Struktur bringt schon — obschon dies von Theorie und Rechtsprechung meist verkannt ist — die alte CPO. deutlich zum Ausdruck in den §§ 17, 22, 171, 184, 185 (neu); und mit Recht wird sowohl in der Begründung der Prozeßnovelle zu § 50, wie auch im Kommissionsberichte hervorgehoben, daß die Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine „im thatsächlichen Effekte" der materiellen Rechtsfähigkeit (mit Ausnahme der Grundbuchfähigkeit) im Wesentlichen gleichkomme.

Diese Gleichstellung und mithin der allgemeine Grundsatz, daß die prozessualische Stellung aller parteifähigen Vereine als juristische Person unabhängig ist von ihrer civilrechtlichen Struktur, ist nunmehr auch im § 50 Abs. 2 ausdrücklich anerkannt: „im Rechtsstreite hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins."

Darin liegt die große, prinzipielle Bedeutung des § 50. — Aus allem diesem: aus dem allgemeinen Parteibegriff, aus den angeführten Bestimmungen der alten CPO., aus der ausdrücklichen Anerkennung des Prinzips im § 50 folgt, daß der Streit über die prozessualische Stellung aller parteifähigen Personenvereine, insbesondere auch der offenen Handelsgesellschaft, nunmehr begraben werden muß, daß sie vielmehr alle ohne Rücksicht auf ihre civilrechtliche Natur im Prozeß als juristische Personen zu behandeln sind.

Daraus, daß § 50 jenes allgemeine Prinzip der Unabhängigkeit der prozessualischen Stellung eines nicht rechtsfähigen Vereins von seiner civilrechtlichen Struktur nur für die Beklagtenrolle ausdrücklich ausspricht, kann dessen Beschränkung auf diese nicht gefolgert werden, weil jenes Prinzip aus den angeführten Gründen ein allgemeines Prozeßrechtsprinzip und als solches auch schon in der alten CPO. zum Ausdrucke gebracht ist, und weil der § 50 kein Verbotgesetz enthält; vielmehr sind aus den angegebenen Gründen alle parteifähigen Personenvereine im Prozeß in beiden Parteirollen als juristische Personen zu behandeln.

Ebensowenig kann durch den § 50 die in den letzten Jahrzehnten durch die Rechtsprechung, auch des Reichsgerichts, anerkannte Rechtsentwickelung aufgehalten oder rückgängig gemacht werden, wonach gewissen Personenvereinen und Gemeinschaften unter gewissen Voraussetzungen, namentlich unter der eines vorhandenen Gemeinschaftsvermögens und einer den gegenwärtigen Mitgliederstand überdauernden, korporativen Organisation die Parteifähigkeit auch ohne besondere, gesetzliche Verleihung in beiden Parteirollen zukommt. Und auch diese sind danach, weil nach dem Gesagten die Parteifähigkeit die Stellung einer juristischen Person im Prozesse bedeutet, als solche prozessualisch zu behandeln. A. S. Schultze in Grünhuts Z. 28 518 ff.

B. Nach Hellwig, Anspruch S. 131 N. 15 läßt sich die Frage nach den Parteien eines Prozesses generell nur dahin beantworten: Kläger ist derjenige, der Rechtsschutz im eigenen Namen (selbst oder durch einen Vertreter, Hellwig, Rechtskraft S. 35) nachsucht; der richtige Kläger ist er, wenn er klageberechtigt ist. Beklagter ist derjenige, dem gegenüber der Rechtsschutz gewährt werden soll; der richtige Beklagte ist er, wenn das Recht, gegen ihn zu klagen, vorhanden ist; s. a. Hellwig, Rechtskraft S. 35 ff.

Von der Partei zu unterscheiden ist derjenige, der in ihrem Namen als ihr gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter auftritt; Hellwig, Rechtskraft S. 36 ff. (s. unten § 325). Für die Frage, ob der Prozeßführer Partei oder Vertreter ist, ist lediglich entscheidend, ob er in dieser oder jener Rolle aufgetreten ist, S. 38. Daher ist auch Partei, wer den Prozeß im eigenen Namen, wenn auch auf fremde Rechnung führt (z. B. der Fiduziar und die anderen gleichstehenden Personen), S. 39 ff.

C. Schott, Armenrecht, unterscheidet drei Gruppen:

I. Wenn es an einem Privatrechtssubjekt fehlt, wie bei folgenden Erscheinungen, kann nur der bisher sogenannte Vertreter Partei sein. Bestimmte vertretene Personen sind sicher nicht vorhanden bei den Pflegschaften über ein Grundstück (§ 258 CPO, § 928 BGB.) und über ein Sammelvermögen (§ 1914 BGB.); hier kann nur der Pfleger Partei sein, denn „eine Klage gegen ein Grundstück oder ein Sammelvermögen" ist ein Unding. Bestimmte ver=

tretene Personen sind ferner nicht vorhanden bei der Konkursverwaltung, der Zwangsverwaltung und der Testamentsvollstreckung. Vertreten werden hier lediglich die Massen, denen aber die Eigenschaft einer juristischen Person, eines Rechtssubjekts nicht beiwohnt. Auch sind diese Verwalter und Vollstrecker zur Ausgleichung widerstreitender Interessen berufen, darum können sie keine Vertreter sein und müssen sie selbst als Parteien in Anspruch genommen werden. Sie sind vom Staate oder durch Privatdisposition auf Grund gesetzlicher Vorschriften zur Durchführung einer rechtlichen Aufgabe mit bestimmten der Vertretung ähnlichen, aber über deren Wesen weit hinausgehenden Machtbefugnissen ausgestattet. Sie sind staatlich oder auf Grund des Gesetzes eingesetzte selbständige Verfüger über fremde Rechte.

Bei Pflegschaften ist zu unterscheiden: selbst Partei sind die Pfleger für ein Grundstück und für ein Sammelvermögen (§ 1914 BGB.), für eine Leibesfrucht (§ 1912), für unbekannte Betheiligte (§ 1913), für einen Erben (Nachlaßpfleger § 1960) und der Nachlaßverwalter (§§ 1975 ff. BGB.). Schott S. 60 ff.

Wirkliche Vertreter dagegen sind der Pfleger für Gebrechliche (§ 1910 BGB.), für einzelne Angelegenheiten (§ 1909) und der Vormund. Auch der Pfleger für einen volljährigen und der Vormund über einen minderjährigen Abwesenden (§ 1911) sind wahre Vertreter und deshalb nicht selbst Parteien. Schott S. 67 f.

II. Das Gesetz braucht nicht nothwendiger Weise immer dort, wo eine civilrechtliche Vertretung vorliegt, auch im Prozeß eine solche eintreten zu lassen, sondern es kann aus praktischen Erwägungen heraus einem Vertreter die selbständige Stellung eines Verfügers geben und ihn selbst zur Partei machen. Dies ist die zweite Gruppe; zu ihr gehört der Ehemann in seiner Stellung hinsichtlich des Gesammtguts (§ 1443 BGB., § 740 CPO.). Desgleichen kann die Ehefrau bei Abwesenheit oder Krankheit des Mannes nach § 1450 BGB. hinsichtlich des Gesammtguts selbst als Partei auftreten. Der Ehemann ist ferner selbst Partei in Prozessen um das eingebrachte Frauenvermögen, das seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegt (§ 1380 BGB.); in dem Regelfalle dagegen (§ 1375 BGB.), in dem er nicht über das eingebrachte Gut verfügen kann, ist er lediglich Partei im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Das ergehende Urtheil nutzt weder der Frau noch schadet es ihr. Folglich ist der Ehemann auch nicht etwa gesetzlicher Vertreter der Frau, vielmehr müssen beide als Parteien auftreten, klagen und verklagt werden.

Dagegen sind die Eltern hinsichtlich des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens der Kinder gesetzliche Vertreter im wahren Sinne (§ 746 CPO.). Das Kind ist also alleinige Partei. Machen aber die Eltern, denen dadurch die Sachlegitimation zur Verfolgung und Vertheidigung ihres Nießbrauchsrechts nicht genommen ist, letzteres geltend und verfolgen zugleich das dem Kinde zustehende Recht selbst, so sind sie zugleich Partei und gesetzliche Vertreter.

Eigenes Parteirecht kraft positiver Gesetzesvorschrift, aber für fremde Rechnung hat der Schiffer in Prozessen der Schiffsgläubiger wegen ihrer Forderung (§ 761 HGB.), also lediglich in passiver Hinsicht. Er ist civilrechtlich unzweifelhaft ein Vertreter des Rheders, braucht aber dennoch nicht als solcher verklagt zu werden. Eine gleiche Stellung hat nach preußischem Partikularrechte der Universitätsquästor in Prozessen um die gestundeten Vorlesungshonorare; er schließt sogar die eigentlich Berechtigten, die Dozenten und ihre Rechtsnachfolger vollständig von der Geltendmachung ihrer Rechte aus. Ebenso ist der nach § 1 RGes. v. 4. 12. 99, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, von der Gläubigerversammlung bestellte „Gemeinsame Ver-

treter" civilrechtlich ein wirklicher Vertreter, im Falle des § 14 dieses Gesetzes jedoch selbst Partei. Letztere Befugniß beruht im Gegensatze zu den bisher erwähnten Personen auf Privatdisposition, er ist insofern also dem Testamentsvollstrecker vergleichbar.

Solche Privatdisposition findet sich auch bei dem fiduziarischen Cessionar; er klagt für Rechnung seines Cedenten, aber im eigenen Namen, ist also Partei. Ihm steht der Zwangsvollstreckungs-Gläubiger gleich, dem eine Forderung des Schuldners gegen einen Drittschuldner zur Einziehung überwiesen ist (§ 835 CPO.).

Eine Doppelstellung hat der geschäftsführende Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, wenn die anderen Gesellschafter von der Geschäftsführung und damit von der Prozeßführung ausgeschlossen sind. Er ist nicht bloß Vertreter der anderen Gesellschafter, aber auch nicht allein Partei (§ 736 CPO.). In der Bestellung des Einzelnen zum Geschäftsführer liegt nur eine Uebertragung der Befugnisse auf ihn, durch welche eine Vertretung und ein Auftragsverhältniß begründet wird (§ 713 BGB.).

III. Der sogenannte Vertreter der juristischen Person, meistens Vorstand genannt, ist weder selbst Partei, noch ist er wirklicher „Vertreter", denn er handelt nicht kraft eigenen Willens, noch vertritt er einen anderen Willen. Da er einem gesetzlichen Vertreter am ähnlichsten ist, ist er auch im Sinne der CPO. als solcher zu behandeln. Da der nicht rechtsfähige Verein passiv den juristischen Personen gleichgestellt ist (§§ 50, 735 CPO.), gilt jenes insoweit auch für seinen Vorstand.

Eine gleiche Stellung haben die prozeßführenden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft (§§ 124, 129 HGB.) und die Liquidatoren der Kommanditgesellschaften.

Das Gesammtergebniß ist, daß in allen Fällen, in denen Jemand im eigenen Namen den Rechtsstreit führt, er auch Partei ist. Schott S. 68 ff.

D. Aus den Erörterungen über den Parteibegriff sind die Streitveräußerungsfälle auszuscheiden, da § 265 Abs. 9 CPO. dahin auszulegen ist, daß die Wirkungen des während schwebenden Prozesses zulässigen Streitveräußerungsgeschäfts kraft Gesetzes für die Dauer der Rechtshängigkeit aufgeschoben sind und erst im Falle und Umfang eines zu Gunsten des Veräußerers erfolgenden Prozeßausganges eintreten. Für die anderen bestrittenen Fälle dürfte der Begriff der gesetzlichen Vertretung ausreichen. Jedenfalls sind die von Kohler und Stegemann unternommenen Anfechtungen des seitherigen selbstischen Parteibegriffs und die Behauptung, daß die prozessuale Rechtsstellung des Prozeßsubjekts Partei von irgend welchen civilistischen Rechtsbeziehungen unabhängig sein könne, abzulehnen, da sie an einem inneren Widerspruche leiden. Weidlich, Gruchots Beitr. **45** 299, 287 ff.

E. 1. Bei Verlust der Parteifähigkeit einer Partei darf eine Aussetzung nicht erfolgen. Seuff. A. 55 463 (Celle).

2. Eine Parteifähigkeit von Behörden giebt es nicht mehr. Schultzenstein, JLBl. **13** 67.

3. Die aktive Parteifähigkeit eines vor dem 1. 1. 00 bestandenen Vereins richtet sich danach, ob der Verein nach altem Rechte materiell rechtsfähig war. Nicht konzessionirte preußische Vereine wurden aber nur für formell parteifähig erachtet. Diese Parteifähigkeit wirkt nicht über den 1. 1. 00 hinaus. **Bozi**, R. **00** 227.

4. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte S. 33, wünscht, die Praxis möge den nicht rechtsfähigen Vereinen auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes die aktive Parteifähigkeit verschaffen.

5. Die Parteifähigkeit der nicht rechtsfähigen Vereine darf nicht über den § 50 Abs. 2 hinaus ausgedehnt werden. Das Recht zur Erhebung einer Widerklage muß ihnen jedoch aus prozessualen Gründen eingeräumt werden. Staudinger, DJZ. **00** 375 ff., 378.

F. Abs. 2. 1. Die Bestimmung des § 50 Abs. 2 CPO. ist auf die von den nicht rechtsfähigen Vereinen geführten Prozesse anzuwenden, welche am 1. 1. 00 anhängig waren. Denn der § 50 enthält Normen, welche einen weiteren selbständigen prozessualen Ausbau des Bürgerlichen Gesetzbuchs betreffen (im Gegensatze zu solchen, die die nothwendige prozessuale Regelung enthalten, um die Normen des Prozesses mit denen des materiellen Rechtes in Einklang zu bringen). Auf diese findet aber angesichts Artt. 1 und 9 des EinfGes. zur Novelle v. 17. 6. 98 das neue Prozeßrecht Anwendung. Gunkel, R. **01** 87 ff.

2. § 50 Abs. 2 gilt nicht für die bürgerliche Gesellschaft (BGB. §§ 705 ff.) Hellwig, Anspruch 200.

Er schreibt auch den selbständigen Vermögensmassen (siehe zu § 17) Parteifähigkeit zu, da diese Fähigkeit lediglich die prozessuale Folge der materiellen Rechtssubjektivität ist.

Voraussetzung der Anwendung des Abs. 2 ist nach Hellwig eb. 294, daß die Gesellschaft sich eine solche Verfassung gegeben hat, welche die wesentlichen Merkmale der korporativen Organisation erhält, so daß sie als ein mit selbständigen, von denen der Mitglieder getrennten Rechten und Pflichten ausgerüstetes Rechtssubjekt erscheint. Auch ein Zahlungsbefehl, ein Arrest, eine einstmalige Verfügung gegen einen Verein ist zulässig (S. 295 Note 11a). Konsequenzen dieser Parteifähigkeit sind CPO. § 735, KO. § 213. Auch eine Feststellungsklage gegen den Verein ist möglich, wenn das Verhalten des Vorstandes gegen ihn persönlich eine Feststellungsklage begründen würde, sofern er in eigener Angelegenheit handeln würde. Mit der Klage gegen den Verein kann die Klage aus der persönlichen Haftung des Vorstandes oder seiner Mitglieder verbunden werden. S. 296 wird der Ausdehnung des Abs. 2 auf die aktive Parteifähigkeit das Wort geredet.

3. Der Umstand, daß ein Verein nach altem Rechte parteifähig war, kann nicht dazu führen, ihm die Klagerhebung auch nach dem 1. 1. 00 zu gestatten. SächsA. **11** 243 ff. (OLG. Dresden, Rostock).

4. Die Parteifähigkeit eines Vereins, der vor dem 1. 1. 00 die Klage erhoben hat, bleibt fortbestehen. **RG.** SächsA. **10** 602; OLG. **1** 237 (Bamberg); **4** 202 (Dresden).

5. An Stelle des nicht rechtsfähigen Vereins darf nicht der Vorstand in den Prozeß eintreten. Der Eintritt einer neuen Person in den Prozeß an Stelle des bisherigen Klägers ist unzulässig, falls nicht etwa eine Rechtsnachfolge vorliegt. Es handelt sich hierbei nicht bloß um eine Klagänderung, sondern die willkürliche Aneignung einer fremden Prozeßführung. SächsA. **11** 243 (Dresden).

6. Die offene Handelsgesellschaft ist parteifähig. Wird sie während des Prozesses aufgelöst, so treten die Gesellschafter als nothwendige Streitgenossen der anderen Partei gegenüber. **RG.** JW. **01** 226.

7. Die Vorschrift des § 26 Abs. 1 Satz 1 BGB. bezieht sich auch auf die den rechtsfähigen durch § 50 Abs. 2 CPO. gleichgestellten nicht rechtsfähigen Vereine. Mit dem Vertretungsorgane nach außen fehlt einer Vereinigung die Parteifähigkeit. **RG.** JW. **01** 303.

§ 51. 1. Prozeßfähig sind nur physische Personen. **RG.** JW. **01** 303.

2. Die Prozeßfähigkeit wird durch mangelnde Verfügungsbefugniß nicht berührt, da sie sich nach persönlichen Eigenschaften richtet. Hellwig, Anspruch 208.

3. **Nicht** das der Parteifähigkeit ermangelnde Regiment, sondern der **Reichsmilitärfiskus**, vertreten durch die Korpsintendantur, ist aus den mit den **Kantinen abgeschlossenen** Verträgen zu verklagen. OLG. 5 16 (Colmar).

4. Der Pfandhalter des § 1189 BGB. ist Bevollmächtigter und **nicht gesetzlicher** Vertreter. Neben ihm können die Gläubiger nicht Zeugen sein. **König**, Kommentar zum Schuldverschreibungsgesetz § 16 Anm. 4.

5. **Gesetzliche** Vertreter **sind nur die** Personen, die in ihrer **Vertretungsmacht und hieraus bezüglichen** Entschlüssen unabhängig, also selbständig sind. **RG. JW. 02** 310.

§ 52. 1. Der Streit über die Prozeßfähigkeit der juristischen Personen, welcher seinen Grund namentlich in dem zweideutigen Begriffe der „Handlungsfähigkeit" hat, unter welchem man bald die natürliche Handlungsfähigkeit des menschlichen Organismus versteht, welche den juristischen Personen selbstredend abgeht, bald die juristische Willensfähigkeit, die sie besitzen, erledigt sich mittelbar durch das BGB., welches nicht mehr mit jenem unklaren Begriff operirt, sondern nur die Geschäftsfähigkeit kennt. Die Prozeßfähigkeit ist also nunmehr als die **prozessualische Geschäftsfähigkeit** zu definiren, was auch viel zutreffender ist, da die wichtigsten prozessualischen Willenserklärungen prozessualische Rechtsgeschäfte sind, wie z. B. die Klagerhebung, das gerichtliche Geständniß, die Eideszuschiebung, -Annahme und -Zurückschiebung u. A. Die Geschäftsfähigkeit der juristischen Personen kann aber nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche keinem Zweifel unterliegen, mithin auch nicht ihre Prozeßfähigkeit; sie handeln durch ihre gesetzlichen bezw. statutenmäßigen Organe. (A. S. **Schultze**, Grünhuts Z. **28** 526. Ueber die Prozeßrechtsgeschäfte vgl. auch dessen Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 139 und Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung **I** 48 f., 288 f., 329.)

2. **Bei gesetzlichem** Güterstand ist die Frau für Klagen gegen ihr eingebrachtes **Gut auch ohne** Zustimmung ihres **Ehemanns** passiv legitimirt. OLG. 2 219 (Kiel).

§ 56. I. 1. Wird eine Klageschrift auf Betreiben eines **Prozeßunfähigen, eines** falsus **tutor** oder eines falsus procurator zugestellt, so ist die Zustellung **ungültig**. Das Gericht darf in solchem Falle kein Urtheil erlassen und muß sich **darauf** beschränken, seine fernere Thätigkeit zu verweigern. Diese Verweigerung **wird durch Beschluß** ausgesprochen. Dieser erfordert keine **vorausgehende mündliche Verhandlung**. Da er inhaltlich eine Zurückweisung des Verlangens **ist, daß in dem** Prozesse fortgefahren werde, so ist er mit Beschwerde anfechtbar.

2. Dasselbe gilt für den Fall, **wenn die Klageschrift** an einen **Prozeßunfähigen, einen** falsus tutor oder falsus **procurator zugestellt wurde**.

3. Wenn der Mangel in erster Instanz **nicht erkannt** und **daher** ein **Sachurtheil von dem** Gerichte erster **Instanz** erlassen wird, so kann die beschwerte **Partei das entsprechende** Rechtsmittel **einlegen**, vorausgesetzt, daß das Urtheil **ordnungsmäßig zugestellt** wurde, d. h. entweder von der falsch vertretenen Partei selbst oder ihrem legitimirten Vertreter oder an diese Personen. Das **angefochtene** Urtheil ist alsdann durch das Rechtsmittelgericht aufzuheben, unter **gleichzeitiger Aufhebung** des erstinstanzlichen Verfahrens. Eine Zurückverweisung könnte stattfinden, wenn das Rechtsmittel die Berufung ist (§ 539 CPO.), **und müßte stattfinden**, wenn es die Revision ist (§ 565 Abs. 1 CPO.). Die **Entscheidung des** Rechtsmittelgerichts ist ein Urtheil, aber ein Urtheil nur dahin, **daß Urtheil und** Verfahren der Vorinstanz aufgehoben werden.

4. Wird eine Rechtsmittelschrift auf Betreiben eines Prozeßunfähigen, **eines falsus tutor** oder procurator oder wird sie an einen solchen zugestellt, so sind **solche** Zustellungen ungültig. Das Rechtsmittelgericht darf, wenn es **den Mangel**

erkennt, kein Urtheil erlassen, sondern muß seine Thätigkeit verweigern wie das Gericht erster Instanz (oben 1).

Bestand bereits für die Vorinstanz der Mangel nach 1 oder 2, ohne erkannt worden zu sein, und wurde von dem Nichtlegitimirten oder an den Nichtlegitimirten die Rechtsmittelschrift zugestellt, so gilt, sobald nun der Mangel erkannt wird, das eben Gesagte.

Eine Gefahr für den nicht gehörig Vertretenen liegt darin nicht, daß es dann bei dem angefochtenen Urtheile bis auf Weiteres verbleibt, denn es steht ihm oder seinem wahren gesetzlichen Vertreter ja die Nichtigkeitsklage von dem Augenblick an zu Gebote, wo ihm oder seinem wahren gesetzlichen Vertreter das falsche Urtheil der Vorinstanz nochmals zugestellt worden ist.

Durch diese Zustellung erst wird der fälschlich als Partei Behandelte nachträglich in das Verfahren hineingezogen. Jetzt wird er nachträglich so behandelt, als sei er Partei gewesen; jetzt muß er eingreifen, widrigenfalls nun das falsche Urtheil gegen ihn wirksam, rechtskräftig wird. Solange aber die Zustellung an ihn nicht erfolgt ist, besteht ein ihn bindendes, der Rechtskraft fähiges Urtheil überhaupt nicht. Denn die Zustellung an den Nichtlegitimirten oder auf dessen Betreiben vermag eine Rechtsmittelfrist nicht in Lauf zu setzen. Eine Prozeßkostenfrage entsteht zunächst nicht.

Im Falle 1 würde sich dies sofort herausstellen, wenn der Kostenvorschuß nach § 81 GKG. von dem fälschlich Vertretenen erhoben werden sollte.

Aber auch im Falle 2 würde nicht einmal eine Verhandlungsgebühr erwachsen können, da in Ermangelung einer gültigen Klage von beiden Parteien keine widersprechenden Anträge gestellt werden können (§ 19 GKG.). Im Falle 3 würde die Aufhebung des Verfahrens der Vorinstanz zu dem gleichen Ergebnisse führen (§ 87 GKG.), soweit die Prozeßkosten der Vorinstanz in Betracht kommen. In der Rechtsmittelinstanz entstehen allerdings Prozeßkosten, wenn die fälschlich vertretene Partei oder der wahre Vertreter des Prozeßunfähigen das Rechtsmittel erhebt, um die Nichtigkeit des Verfahrens geltend zu machen. Diese Kosten sind ihrem Gegner aufzulegen, wenn die Rechtsmittelinstanz das angefochtene Urtheil aufhebt; denn in diesem Falle ist der Gegner die „unterliegende" Partei im Rechtsmittelprozesse.

Wenn aber der Gegner der fälschlich vertretenen Partei oder des Prozeßunfähigen das Rechtsmittel einlegte, so kommt es auf das Verhalten der in der Vorinstanz fälschlich vertretenen oder trotz Prozeßunfähigkeit nicht vertretenen Partei oder ihres jetzt für sie auftretenden legitimirten Vertreters an.

Lassen sie sich in der Rechtsmittelinstanz auf sachliche Verhandlung ein, so liegt darin eine Genehmigung der bisher nichtigen Prozeßführung. Damit wird die Prozeßkostenfrage nachträglich in die normalen Wege geleitet. Beantragen sie aber, auf die Nichtigkeit des Verfahrens gestützt, — im Wege der Anschließung an das Rechtsmittel — mit Erfolg Aufhebung des angefochtenen Urtheils, so gilt das vorhin Gesagte. **Hellmann**, Zur Lehre von dem Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation als gesetzlicher Vertreter und der Prozeßvollmacht nach Deutschem Civilprozeßrecht, Buschs Z. 27 261 ff.

II. 1. Unter den gesetzlichen Vertretern sind diejenigen Personen zu verstehen, die in ihrer Vertretungsmacht und in ihren hierauf bezüglichen Entschließungen von dem Willen des vertretenen Rechtssubjekts unabhängig, also selbständig sind. **RG. JW. 02** 310.

2. Ist die Person, der die Klage als dem gesetzlichen Vertreter des Beklagten zugestellt worden ist, der gesetzliche Vertreter nicht, so kann der letztere bei seinem Eintritt in den Rechtsstreit die bisherige Prozeßführung auch mit Wirkung gegenüber der Gegenpartei genehmigen. **RG. JW. 00** 653.

3. Ist ein Urtheil gegen einen falschen gesetzlichen Vertreter ergangen, so kann gleichwohl der wirkliche gesetzliche Vertreter das Rechtsmittel einlegen. Aber auch der falsche gesetzliche Vertreter, der seinerseits von der Ansicht ausgeht, daß er nicht der wahre Vertreter sei, kann die Sache durch Einlegung eines Rechtsmittels zur Entscheidung über die Vertretung bringen. **RG.** JW. **00** 750.

4. Der Regierungspräsident ist befugt, im Nothfall einer Pensionskasse seines Bezirkes anstatt des statutenmäßigen Kuratoriums ein anderweites Vertretungsorgan zu bestellen. **RG. 46** 221.

5. Wenn der Kläger von vornherein gegen eine prozeßunfähige Person ohne gesetzlichen Vertreter seine Klage gerichtet hat, so ist die Klage durch Urtheil abzuweisen. Eine Aussetzung des Verfahrens oder Vertagung ist nicht zulässig. OLG. **3** 122 (Dresden).

6. Ebenso ist Entscheidung durch Urtheil geboten, wenn ein zur Vertretung des Prozesses an sich nicht Berechtigter, falls gegen ihn als Vertreter die Klage erhoben wird, deren Abweisung beantragt. OLG. **1** 322 (KG.).

7. Ergiebt sich in der Berufungsinstanz, daß eine der prozeßführenden Parteien schon zur Zeit der Klagerhebung prozeßunfähig gewesen ist, so ist nicht nur die Berufung als „rechtlich nicht eingelegt" anzusehen, sondern das ganze Verfahren ist, da eine unerläßliche Prozeßvoraussetzung gefehlt hat, als ungültig aufzuheben. OLG. **3** 120 (Stuttg.).

8. Ist eine nicht gesetzlich vertretene Person erst im Laufe des Verfahrens prozeßfähig geworden, so genehmigt sie die bisherige Prozeßführung nicht schon dadurch, daß sie die vorher ertheilte Prozeßvollmacht nicht unverzüglich widerruft. Wird aber festgestellt, daß sie einen Beweistermin beigewohnt und auf Befragen erklärt hat, jetzt volljährig zu sein, so ist hierin eine Genehmigung zu erblicken. OLG. Braunschw. Z. **02** 614.

§ 57. Die Bestimmung setzt der Dauer der Vertretungsmacht des bestellten besonderen Prozeßvertreters keine Grenze, so daß dieser, wenn sich der Eintritt des regelmäßigen gesetzlichen Vertreters verzögert, den Prozeß, für den er bestellt ist, bis zur rechtskräftigen Erledigung für die prozeßunfähige Partei durchführen kann. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1091.

§ 58. 1. Der Ernannte prozessirt nicht suo nomine, sondern er ist als „Vertreter", allerdings nicht Vertreter des künftigen Eigenthümers, überhaupt keiner bestimmten Person. Ist ein Pfleger nach BGB. § 1913 bestellt, so bedarf es nicht der Bestellung dieses Vertreters. Ist er aber bestellt, so hat er in dem Rechtsstreite dieselbe Stellung, wie der nach § 1913 bestellte Pfleger im Allgemeinen; Hellwig, Anspruch 232 ff.

Nach Gaupp-Stein § 58 II 2 ist der Vertreter Partei kraft Amtes, nach Petersen-Anger § 58, 3, Seuffert § 58, 3 Vertreter des künftigen Eigenthümers.

2. Die Vorschrift ist auch auf Schiffe verwendbar, die von ihrem Eigenthümer aufgegeben sind. LG. Hamb. Hans. GZ. **00** 231 (Hauptbl.).

Zweiter Titel.
Streitgenossenschaft.

§§ 59, 60, 260. Die §§ 59, 60 behandeln die subjektive, § 260 die objektive Klagehäufung. Voraussetzung für diese wie für jene ist, daß für sämmtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist. Für die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, insoweit dieselbe durch den Wert des Streitgegenstandes bestimmt wird, ist der Gesammtwerth der in der Klage verbundenen Ansprüche und nicht der Werth des Einzelanspruchs maßgebend.

Insoweit die sachliche Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes bestimmt und der Gerichtsstand ein ausschließlicher ist, erlangt der Einzelanspruch wieder seine besondere Bedeutung, so daß ein Anspruch, für den ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, auch im Wege der Klagehäufung nicht vor ein anderes Gericht gebracht werden kann. Auch für die Frage der örtlichen Zuständigkeit haben die Einzelansprüche eine selbständige Bedeutung, und können die einzelnen Ansprüche nur dann verbunden werden, wenn, abgesehen von dem Falle des § 36, 3 CPO. und der Prorogation, das angerufene Gericht für jeden einzelnen Anspruch örtlich zuständig ist. Zöller, R. **00** 347 ff.

§ 61. 1. Die Streitgenossenschaft ist eine rein äußere Verbindung mehrerer „Prozesse" im Sinne von „Prozeßverhältniß" zu einem einheitlichen prozessualen „Verfahren". So viel Prozeßverhältnisse, so viele selbständige Entscheidungen sowohl in der Sache, wie bezüglich der Kosten. Goeckel, ThürBl. **49** 6 ff.; **48** 360 ff.

2. Der Tod des einen Streitgenossen äußert keinen Einfluß auf die Prozeßführung des anderen, sie bleibt vielmehr ebenso unabhängig von der Prozeßführung des ersteren, wie bisher; eine Aussetzung des Verfahrens findet dem anderen Streitgenossen gegenüber nicht statt. OLG. 2 253 (BayrObLG.).

3. Bei einer Klage auf Anfechtung des Beschlusses einer Gesellschaft m. b. H. durch einen Gesellschafter können andere Gesellschafter als Nebenintervenienten im Sinne des § 61 CPO. auftreten. OLG. 3 262 (Hamb.).

§ 62. 1. Die Struktur der Prozeßverbindung, Zahl und Koexistenz der Prozeßverhältnisse und somit auch die Bildung der Kostenentscheidung ist dieselbe wie bei der Streitgenossenschaft der §§ 60, 61 CPO. Die Vorschrift des § 62 berührt nur die Art der das jeweilig einzelne Prozeßverhältniß bildenden Rechte und Pflichten. Goeckel a. a. O. **49** 10 ff., **48** 360.

2. Freymuth, Zurücknahme eines Rechtsmittels durch einen von mehreren nothwendigen Streitgenossen, in Buschs Z. 28 41 ff. führt aus:

Die Regelung der nothwendigen Streitgenossenschaft in § 62 enthält eine Lücke, die ausgefüllt werden muß. Es ist ausgeschlossen, bei nothwendiger Streitgenossenschaft auf den Fall der Zurücknahme des Rechtsmittels durch einen Streitgenossen den § 61 anzuwenden. Die Zurücknahme kann nur soweit wirken, als durch sie die nothwendige einheitliche Entscheidung nicht gefährdet wird, nicht aber weiter. Die Zurücknahme der Berufung seitens eines nothwendigen Streitgenossen hat sonach nicht die gewöhnliche Wirkung. Er hat zwar damit auf das Rechtsmittel der Berufung verzichtet und sonach das Recht verloren, jetzt noch die erste Entscheidung durch Stellung von Anträgen selbständig einzureichen. Aber er ist deßwegen nicht aus der Streitgenossenschaft ausgeschieden, er ist und bleibt Partei, das Urtheil wird auch gegen ihn nicht rechtskräftig. Er ist nur nicht mehr handelnde Partei: das ist vielmehr allein der verbleibende Streitgenosse.

Vgl. jedoch auch **RG.** JW. **00** 653 und Heine, R. **01** 406 f.

3. Eine Vertretung kann nur bei solchen Prozeßhandlungen stattfinden, die der Vertreter auch selbst hätte vornehmen können, da eine diesem nicht zustehende Handlung dadurch nicht zulässig werden kann, daß sie ein Anderer für ihn vornimmt. Von einer Säumniß eines Streitgenossen kann dann keine Rede sein, wenn er etwas unterläßt, was er zu thun nicht berechtigt war. **RG. 46** 415.

4. Bei nothwendiger Streitgenossenschaft wird durch die Urtheilszustellung des einen Streitgenossen der Lauf der Rechtsmittelfrist nicht auch in Ansehung der anderen Streitgenossen eröffnet. **RG. 49** 427 (Plen.).

5. Da in Folge dessen die Förmlichkeiten des Rechtsmittels in Ansehung jedes einzelnen der mehreren Streitgenossen gesondert beurtheilt werden müssen,

so genügt es, wenn sie zur Zeit der mündlichen Verhandlung allen Streitgenossen gegenüber in Ordnung sind. **RG. 49** 428.

6. Die Bestimmung erstreckt sich nicht auf Dispositionsakte über den Klagegegenstand, wie Anerkenntnisse, Verzichte, Vergleiche.

Die Frage, inwieweit eine solche Disposition wirkt, ist nach materiellem Rechte zu beurtheilen. **RG.** JW. **02** 162; DJZ. **02** 223. Vgl. hierzu Gaupp-Stein § 62 III 1.

7. a) Die Verpflichtungen des Ausstellers und Akzeptanten eines Wechsels bringen keine nothwendige Streitgenossenschaft hervor. Sie sind durchaus selbständig und prozessual gesondert feststellbar.

b) Die Gemeinsamkeit einer auf denselben Sachverhalt gestützten Einrede für zwei Beklagte begründet keine nothwendige Streitgenossenschaft.

c) Schuldner derselben Leistung sind nicht nothwendig Streitgenossen. **RG. 48** 214.

8. Mehrere Miteigenthümer, die eine Klage auf Entschädigung wegen Enteignung erheben, bilden keine nothwendige Streitgenossenschaft. **RG.** JW. **00** 340.

9. Entsteht eine nothwendige Streitgenossenschaft, wenn die Ehefrau auf Leistung und der Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt wird?

a) Bejahend: OLG. Jena im R. **02** 590:

Mit der gegen beide Eheleute gerichteten Klage wird nicht nur die Verurtheilung der Ehefrau zur Zahlung der Schuld, sondern auch die Feststellung der Haftung des eingebrachten Gutes der Ehefrau nach § 1415 BGB. bezweckt und herbeigeführt. Diese letztere Feststellung kann naturgemäß, sobald einmal beide Eheleute gemeinschaftlich ihretwegen belangt sind, beiden Ehegatten gegenüber nur einheitlich erfolgen. Man würde dem Richter einen logischen Widerspruch aufnöthigen, wenn man ihm zumuthen wollte, mittels desselben Urtheils die Haftung des eingebrachten Gutes für die Schuld der Ehefrau dieser gegenüber zu bejahen, dem Ehemann gegenüber zu verneinen, oder umgekehrt.

Ebenso: Planck § 1400, 4; Seuffert § 62, 2 $\alpha\beta$ und Gruchots Beitr. **40** 136; Struckmann-Koch § 739, 2.

b) Verneinend: KG. in OLG. **2** 209.

Die Klage gegen den Mann kann selbständig neben der gegen die Frau gerichteten angestrengt werden. Geschieht dies nicht, wird vielmehr die Klage gegen den Mann mit der gegen die Frau verbunden, so findet eine Klagenverbindung statt, welche an sich niemals eine nothwendige Streitgenossenschaft bedingt.

Ebenso: Gaupp-Stein § 52 IV A b, Petersen-Anger § 62 Note 11, 12; Hellwig, Anspruch S. 326.

Dritter Titel.

Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 64. Derjenige, der als Nebenintervenient aufgetreten ist, ist dadurch nicht gehindert, wegen desselben Streitgegenstandes eine Hauptintervention zu erheben. **RG. 46** 404.

§ 66. 1. Hellwig, Rechtskraft 181 will die Nebenintervention auch im Wiederaufnahmeverfahren so zulassen, daß der Nebenintervenient selbständig die Wiederaufnahmeklage erheben kann.

2. Der Theilhaber einer in Konkurs befindlichen Gesellschaft kann dem Konkursverwalter als Nebenintervenient beitreten, sofern er dem Kläger mit seinem Privatvermögen haften würde, da nach feststehender Rechtsprechung — vgl. Entsch. **34** 365 und die dortigen Citate — die der Gesellschaft gegenüber ergangenen

Urtheile den einzelnen Gesellschaftern gegenüber insoweit in Rechtskraft erwachsen, als sie beim Vorliegen eines die Gesellschaft verurtheilenden Erkenntnisses in einem gegen sie selbst anhängig gemachten Rechtsstreite nicht mehr solche Einwendungen vorbringen können, welche das Bestehen der Gesellschaftsschuld betreffen. **RG.** JW. **02** 213.

3. Ein rechtliches Interesse hat der Bürge. Das wird nicht dadurch geändert, daß er gleichzeitig für den Fall, daß die Forderung besteht, ein Interesse an der Hypothek hat, wenn Löschung mit der Klage begehrt wird. **RG.** JW. **02** 249.

4. Der Nebenintervenient ist nicht befugt, im eigenen Namen Rechtsmittel einzulegen. Legt er im Namen der Partei das Rechtsmittel ein, so wird er dadurch nicht selbst Partei. **RG.** JW. **00** 603; vgl. auch OLG. **5** 80 (Augsb.).

5. Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten ist regelmäßig durch die Streitverkündung dargethan, ohne Unterschied, ob die Regreßklage Aussicht auf Erfolg hat. OLG. **5** 23 (Hamb.).

6. Ueber Unzulässigkeit der Nebenintervention zu Gunsten des Klägers bei einer auf Grund des § 6 Abs. 1 G. v. 1. 6. 1891 angestellten Popularklage s. OLG. **1** 69 (KG.).

§ 67. 1. Der Nebenintervenient wird an der Durchführung des von ihm eingelegten Rechtsmittels gehindert, sobald die von ihm unterstützte Partei dem ersten Urtheile nachkommt und die Leistung, zu der sie verurtheilt ist, an den Gegner bewirkt. Er kann alsdann den Antrag auf Abweisung nicht mehr stellen. Wenn er trotzdem den Berufungsantrag auf Abweisung der Klage aufrecht erhalten will, so muß die Berufung zurückgewiesen werden und zwar nach §§ 97, 101 Abs. 1 auf seine Kosten. Die — namentlich von Petersen — vertretene Ansicht, daß die Kosten des Rechtsmittels der unterstützten Partei auch dann aufzuerlegen sind, wenn sie die Rechtsmittelinstanz nicht beschritten hat, ist in der Praxis nicht anerkannt. OLG. **2** 103 (KG.).

2. Durch den Tod der Partei wird der Nebenintervenient dann nicht gehindert, ein Rechtsmittel einzulegen, sofern gemäß § 246 eine Unterbrechung des Verfahrens nicht eintritt. OLG. **5** 80 (Augsb.).

3. Die Nebenintervention berechtigt nicht zur Geltendmachung eigener Interessen, namentlich nicht zur Erweiterung des Streitstoffes im eigenen Interesse. OLG. Köln, R. **02** 510.

§ 68. § 68 statuirt keine Erstreckung der Rechtskraft, sondern ist nur ein Fall der sogenannten Reflexwirkung der Urtheile (s. Hellwig zu § 322); Hellwig Rechtskraft 32.

§ 69. 1. Die Verweisung im § 69 auf § 61 erstreckt sich auch auf § 62. OLG. **3** 262 (Hamb.).

2. Der § 69 trifft nicht schon deshalb für den in Gütergemeinschaft lebenden, intervenirenden Ehemann der beklagten Ehefrau zu, weil das Gesammtgut für die Kosten des Rechtsstreits gegen die Ehefrau haftet (§ 1460 Abs. 2 BGB.). OLG. 5 22 (Hamb.).

3. Im Falle des § 69 ist der Nebenintervenient wirklicher Streitgenosse. W. Ch. Francke, Buschs Z. **27** 299 ff.

§ 70. Die Nichtbeachtung der Bestimmung, daß die Interventionsschrift die bestimmte Angabe des Interesses des Nebenintervenienten enthalten müsse, macht die erhobene Nebenintervention unwirksam. **RG.** JW. **02** 213.

(71.) Allerdings ist die Vorschrift des § 70 CPO., daß der den Beitritt des Nebenintervenienten enthaltende Schriftsatz die bestimmte Angabe des Interesses des Intervenienten enthalten müsse, nach deren Wortfassung kategorisch. Nichtsdestoweniger bleibt ein etwaiger Mangel unbeachtlich, solange er nicht von

einer Partei gerügt ist; eine Berücksichtigung von Amtswegen findet nicht statt (**RG. 15** 396 ff.). Die Rüge erfolgt prozeßmäßig als Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention. Erst durch einen solchen Antrag wird der besondere prozessuale Zwischenstreit des § 71 CPO. eröffnet, welcher mit einem Zwischenurtheil über die Zulässigkeit der Nebenintervention abschließt, gegen das die sofortige Beschwerde gegeben ist. Der Intervenient ist als solcher zum Hauptverfahren zuzuziehen, solange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist. **RG.** JW. **01** 799.

§ 71. 1. Auf das Recht zur Zurückweisung der Nebenintervention kann stillschweigend verzichtet werden. OLG. **1** 70 (KG.).

2. Der Umstand, daß das Gesetz nach übereinstimmender Ansicht zur Gültigkeit der Einlegung eines Rechtsmittels weder Zustellung des angefochtenen Urtheils noch der Berufungsschrift an den Nebenintervenienten verlangt, spricht dafür, daß die durch § 71 Abs. 3 gebotene Zuziehung sich stets nur auf die jeweilige Instanz bezieht. Jedenfalls bedarf es einer Zuziehung in der höheren Instanz dann nicht, wenn die unterstützte Partei ein Rechtsmittel eingelegt hat. OLG. **5** 225 (Köln).

§ 74. Wenn der Streit verkündet ist, dann ist der Nebenintervenient als Zeuge zunächst unvereidigt zu entnehmen. **RG.** Seuff. A. **57** 300.

§ 75. 1. Da durch die Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme der Schuldner befreit wird (BGB. § 378), so tritt an die Stelle der ursprünglichen Forderung gegen den Hinterlegenden die Forderung gegen die Hinterlegungsstelle. Die Frage, wem „der Betrag zuzusprechen ist", ist korrekt die Frage, wem der Anspruch aus der Hinterlegung zugefallen ist. Die Entscheidung dieser Frage bestimmt sich nach der „Berechtigung an der (eingeklagten) Forderung". Diese Berechtigung ist keine *gegenwärtige*, vielmehr handelt es sich um ihr *Bestandenhaben*. Die Frage, wer Gläubiger des Schuldners gewesen ist, ist lediglich die Vorfrage für die Frage nach der Gläubigerschaft in der Hinterlegungsforderung. Nur diese Entscheidung bildet den Inhalt des Urtheils, das ein reines Feststellungsurtheil ist. *Hellwig*, Anspruch 421 ff.; ebenso *Hellwig*, Rechtskraft 33 ff.

Es ist nicht erforderlich, daß der Schuldner durch Urtheil aus dem Streite entlassen wird; der Austritt kann sich auch im Einverständniß aller Theile vollziehen. *Hellwig*, Rechtskraft 33 zu Note 102. Ist er durch Urtheil entlassen, so hat er den Einwand der Rechtskraft gegenüber dem Kläger und dem eingetretenen Prätendenten. Denn sein Eintritt hat die Bedeutung einer Klagerhebung. S. 33.

2. Da bei dem die Entlassung aussprechenden Urtheile der Nachdruck auf dem Ausscheiden des Beklagten und dem für ihn bewirkten Abschlusse des Rechtsstreits liegt, erscheint das Urtheil als „Endurtheil" im Sinne des § 511 CPO. Das Gesetz erläutert nicht näher, was unter dem Eintreten in den Streit zu verstehen sei; soviel darf aber als sicher gelten, daß der „Eintritt" nicht identisch ist mit dem „Beitritt als Nebenintervenient". OLG. **1** 429 (Karlsr.).

§§ 76, 77. Hierzu *Hellwig*, Rechtskraft 72 ff.: Sowohl im § 76 als im § 77 handelt es sich um Leistungsklagen, um Verfolgung von Ansprüchen im Sinne des BGB. (s. *Hellwig* zu BGB. § 194), da es keine Feststellungsklagen giebt, die lediglich durch den Besitz des Beklagten bedingt wären. *Hellwig* hält es aber für zulässig, daß der Autor mit Zustimmung des Klägers auch Feststellungsprozesse übernimmt und mit Wirkung gegen den zu entlassenden Beklagten durchführt.

Wenngleich das Gesetz — zum Unterschiede von CPO. § 75 — eine fortdauernde Haftung des Beklagten voraussetzt, gewährt es ihm doch das Recht,

aus dem Prozeß auszuscheiden, falls der mittelbare Besitzer ihn zu übernehmen bereit ist. Die „Entbindung von der Klage" ist Verneinung des prozessualen Klagerechts auf Grund einer gegen diese erhobenen Prozeßeinrede. S. 74.

Uebernimmt der Benannte den Prozeß, so führt er ihn direkt über den gegen ihn selbst gerichteten Anspruch. Das Urtheil wird formell auf seinen Namen gestellt und verurtheilt ihn in der Hauptsache und bezüglich der Prozeßkosten, stellt also diese Verpflichtungen als für ihn vorhanden rechtskräftig fest. S. 75. Demnach kann er nur Einwendungen aus seiner Person erheben, nicht aus der Person des ursprünglichen Beklagten.

Die Erstreckung der Rechtskraft nach Abs. 4 ist nicht nur eine Erweiterung der subjektiven Rechtskraftgrenzen, sondern auch eine Ausnahme von dem objektiven Erfordernisse der eadem res, da der Anspruch gegen den Beklagten ein anderer ist als der gegen den autor gerichtete (S. 76).

Der Grund der Wirksamkeit des Urtheils ist nicht darin zu finden, daß der Entlassene sich dem Resultate der fremden Prozeßführung unterwerfe. Es kommt in keiner Weise darauf an, was die Betheiligten als die Wirkung der Uebernahme gedacht und gewollt haben (S. 77).

Tritt der Benannte in den Prozeß nicht ein, so wirkt das gegen den Beklagten ergangene Urtheil nicht gegenüber dem Benannten (S. 77 ff.).

Das gegenüber dem Uebernehmer ergangene Urtheil ist nur insoweit gegen den Entlassenen wirksam, als es sich um das Rechtsverhältniß handelt, welches zur Zeit der Uebernahme Prozeßgegenstand war; das Urtheil wirkt also nicht bei Klagänderung oder Klagerweiterung. S. 78.

§ 77. 1. Unter § 77 fällt keineswegs jede Eigenthumsverletzung, sondern nur eine solche, welche den Anspruch aus § 1004 BGB. entstehen läßt, aber doch die Besorgniß einer Beeinträchtigung des Rechtes begründet. Hellwig, Rechtskraft 73 ff.

2. Es genügt, daß der Beklagte die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Anderen vorgenommen zu haben behauptet. Der Beweis wird nicht verlangt. Seuff. A. **56** 155 (Hamb.).

Vierter Titel.

Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78. 1. Der für die Berufungsinstanz bestellte Prozeßbevollmächtigte kann mit der Zustellung der Berufungsschrift und der Beglaubigung einen beim Prozeßgerichte nicht zugelassenen Anwalt beauftragen. RG. in Gruchots Beitr. **44** 453.

2. Anwaltszwang bei Einlegung der Beschwerde:

a) Die Beschwerdeschrift muß, wenn die Beschwerde bei dem Gericht eingelegt wird, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, von einem bei diesem Gerichte, wenn die Einlegung bei dem Beschwerdegericht erfolgt, von einem bei dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht werden. BayrObLG. R. **02** 590.

b) Entgegengesetzt:

Als Prozeßgericht im Sinne des § 78 ist für die Einlegung der Beschwerde sowohl das beschwerende Gericht als auch das Beschwerdegericht anzusehen, weßhalb die Beschwerdeschrift von einem Anwalt, der bei jenem, als auch von einem Anwalt, der bei diesem zugelassen ist, unterzeichnet werden darf, gleichgültig, bei welchen dieser Gerichte die thatsächliche Einlegung erfolgt. OLG. Jena, R. **02** 436.

Zu diesem letzteren Erkenntnisse zustimmend Seifarth R. **02** 428.

3. Abs. 2. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die einzelnen vor dem Gerichtsschreiber vorgenommenen Prozeßhandlungen, nicht auf das andere Verfahren, insbesondere nicht auf das Beschwerdeverfahren. **RG.** JW. **00** 714.

§ 80. 1. Der mit schriftlicher Vollmacht versehene Vertreter ist befugt, in der weiteren Instanz Namens seiner Partei geltend zu machen, daß bei der Anforderung aus § 80 Abs. 2 und der daraufhin gefällten Entscheidung prozessualisch nicht richtig verfahren sei. **RG. 51** 98.

2. (613.) Auch der Armenanwalt hat Prozeßvollmacht vorzulegen **RG. 47** 413.

3. (81, 86, 88, 89.) Auch eine bloß mündliche Prozeßvollmacht genügt, um der Prozeßführung des Bevollmächtigten (einschließlich des Abschlusses von Vergleichen) Wirksamkeit gegenüber dem Machtgeber zu verleihen. **RG. 49** 345.

§ 81. I. 1. Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Abgabe und Entgegennahme aller zum Angriff und zur Vertheidigung erforderlichen Erklärungen, auch wenn diese zugleich Rechtsgeschäfte des materiellen Rechtes sind und deshalb zugleich eine materiell-rechtliche Wirkung haben. Also:

a) Zur Abgabe und Entgegennahme von Anfechtungserklärungen gemäß § 143 BGB. **RG. 48** 218, **49** 392.

b) Zur Abgabe und Empfangnahme der Rücktrittserklärung (§ 349 BGB.). **RG. 50** 138.

c) Zur Abgabe und Entgegennahme der Aufrechnungserklärung. **RG. 50** 426. OLG. **1** 77 (Hamb.).

2. Eine besondere Vollmacht ist hierzu nicht erforderlich. **RG.** DJZ. **02** 215.

3. In der Literatur stehen auf dem Standpunkte des Reichsgerichts u. A. Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Dernburg, Wach Buschs Z. **27** 1 f., Brettner DJZ. **98** 343, Raddatz SächsA. **10** 217, Droncke DJZ. **02** 220.

Dagegen verneinen die Ermächtigung zur Aufrechnung Planck, Oertmann, Petersen-Anger, Förtsch (SächsA. 8 781), Goldschmidt (A.bürgR. **15** 161, 212), Petzold in Gruchots Beitr. **44** 845 u. s. w.

4. Wach, Prozeßvollmacht und Aufrechnung, in Buschs Z. **27** 1 ff., äußert sich hierzu folgendermaßen:

Das „Geltendmachen der Aufrechnung einer Gegenforderung" ist im Sinne des BGB. je nachdem ein „Einwand" oder eine „Einrede", nach der CPO. dagegen immer das letztere. Aber die CPO. ist begrifflich und terminologisch selbständig zu interpretiren. Die Einrede der Prozeßordnung ist etwas Anderes als die des BGB.

Die Aufrechnung ist, wenn sie im Prozesse vorgenommen wird, Prozeßhandlung, ihre materiell-rechtliche Funktion tritt hier ganz zurück. Die gegentheilige Ansicht geht von vornherein dadurch irre, daß sie mit einer petitio principii die Aufrechnung nur als Rechtsgeschäft ins Auge faßt und ihre prinzipale Aufgabe im Prozeß übersieht.

Die Aufrechnungserklärung im vorbereitenden Schriftsatz ist lediglich prozessualischer Akt, und zwar nur die Ankündigung der Einrede für die mündliche Verhandlung, nicht civiles Rechtsgeschäft. Die im vorbereitenden Schriftsatz angekündigte, aber nicht vollzogene Erklärung darf auch nicht außerprozessualisch verwerthet werden.

Die Konsequenzen der bekämpften Ansicht sind unerträglich. Sie würde zu einer Offizialprüfung der erforderlichen Spezialvollmacht führen.

5. Raddatz im SächsA. **10** 227 führt hierzu noch aus:

Die vor Anstrengung des Rechtsstreits von dem Prozeßbevollmächtigten erklärte Aufrechnung ist nach § 174 BGB. regelmäßig unwirksam, wenn die Prozeßvollmacht (die Urkunde) nicht rechtzeitig vorgelegt und die Erklärung aus

diesem Grunde unverzüglich zurückgewiesen wird. Das Gleiche hat zu gelten, wenn der Prozeßbevollmächtigte im Laufe des Rechtsstreits außerhalb seiner eigentlichen Prozeßthätigkeit die Erklärung abgiebt, z. B. im Anwaltsprozeß in einem an den Prozeßgegner selbst, statt an dessen Bevollmächtigten zugestellten Schriftsatze. Wo dagegen in der Klage, in einem dem Prozeßbevollmächtigten des Gegners zugestellten Schriftsatz, in der mündlichen Verhandlung die Aufrechnungserklärung abgegeben wird, muß die Frage nach der Nothwendigkeit der Vorlegung der Prozeßvollmacht ausschließlich nach Prozeßrecht beurtheilt werden, so daß § 174 BGB. insoweit den §§ 80, 88 CPO. gegenüber seine Wirksamkeit einbüßt, vergl. Bolze **9** 416 Nr. 870, wo angenommen ist, daß im gegebenen Falle die Prozeßvollmacht auch zu der vorbereitenden Handlung der Kündigung ermächtige, daß die Vorlegung der Vollmacht mit der Klage aber nach § 88 CPO. nicht geboten gewesen sei; **RG. 9** 69, wo § 89 Abs. 2 CPO. als entscheidend für die Frage angesehen ist, ob ein Beklagter die ihm gegenüber in einer an seinen nicht legitimirten Vertreter zugestellten Klage erklärte Anfechtung gegen sich gelten zu lassen hat. Die viel erörterte Frage, ob die in einem Schriftsatz enthaltene Aufrechnungserklärung Rechtswirksamkeit erst durch ihr Vorbringen in der mündlichen Verhandlung erlangt, ist dahin zu beantworten, daß das von der Auslegung abhängt, es kann lediglich die Ankündigung eines mündlichen Vorbringens, es kann aber auch eine verpflichtende Willenserklärung beabsichtigt sein und wird sogar regelmäßig als gewollt zu unterstellen sein.

6. Droncke in DJZ. **02** 220 stützt sich auf BGB. § 209. Wenn das Gesetz der Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse die Wirkung und damit den Charakter einer gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs verleiht, so stempelt es diese Geltendmachung zur Prozeßhandlung.

7. Keinesfalls ist Prozeßhandlung die Mängelanzeige. Sie ist ein rein kaufmännischer, nicht in die Prozeßführung gehörender Akt. Stübel im SächsA. **10** 438.

II. 1. Die Vertretungsmacht des Prozeßbevollmächtigten erster Instanz erlischt nicht mit dem Erlaß und der Zustellung des Endurtheils, ist noch nachher wirksam und ist nur so lange, als die Prozeßthätigkeit eines für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten Platz greift, suspendirt. Seuff. A. **57** 38.

2. Vergleich, Verzicht, Anerkenntniß wirken nicht gegen den Ehemann, der nach § 1400 BGB. die Zustimmung zur Prozeßführung ertheilt hat. Die Zustimmung erstreckt sich nur auf Erledigung des Rechtsstreits durch Urtheil. Ullmann, JW. **02** 349.

3. Vergleich. Es liegt kein vor dem Richter abgeschlossener Vergleich vor, wenn ein Theil dem vom Richter protokollirten Vergleiche nicht sofort zustimmt, vielmehr später binnen bewilligter Frist den Vergleich durch Anzeige an die Gegenseite annimmt. Der Vergleich ist abgeschlossen, wenn die Annahme der Gegenseite zugeht (§ 130). Aken, JW. **02** 247 ff.

4. Der Substitut des Prozeßbevollmächtigten tritt nicht an dessen Stelle als Vertreter der Partei ein, sondern er vertritt lediglich den Prozeßbevollmächtigten. Zwischen dem Mandatar und dem Substituten wird ein Dienstvertrag geschlossen, durch den sich letzterer zur Gewährung der Dienste, ersterer zur Honorirung derselben verpflichtet. KGBl. **01** 82 (KG.).

5. Es macht keinen Unterschied, ob die Prozeßvollmacht schriftlich oder nur mündlich ertheilt ist. Auch der Vergleich ist bei bloß mündlicher Bevollmächtigung wirksam. **RG. 49** 345.

§ 84. Geben mehrere Prozeßbevollmächtigte einer Partei einander widersprechende prozessuale Willenserklärungen für die Partei gleichzeitig ab, so ist eine verbindliche Erklärung der Partei überhaupt nicht vorhanden. OLG. Jena ThürBl. **48** 376.

§ 86. 1. Verlust der Prozeßfähigkeit wegen Geisteskrankheit zur Zeit der Zurücknahme der Berufung durch den Prozeßbevollmächtigten. **RG.** JW. **02** 162.

2. Wird das Verfahren in Folge des Todes einer Partei ausgesetzt, so tritt die bisherige Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten außer Wirksamkeit. Zustellungen haben daher an den Erben selbst zu erfolgen. **RG.** **50** 339 ff.

(In Uebereinstimmung mit Wach, Handbuch I. 586 gegen die herrschende Meinung Planck I. 231.)

§§ 86, 246. Ist ein nach badischem Landrechte für mundtodt im ersten Grade erklärter Verschwender mit dem Inkrafttreten des BGB. nach Art. 156 Abs. 2 EGzBGB. und §§ 114, 106, 107 BGB., § 50 CPO. prozeßunfähig geworden, so ist sein Prozeßbevollmächtigter berechtigt, die Aussetzung nach § 246 CPO. zu verlangen, auch wenn der nach dem Inkrafttreten des BGB. dem Verschwender gegebene Vormund ihn bereits gleichfalls bevollmächtigt und auch wenn er sich, nachdem der Verschwender die Prozeßfähigkeit verloren, auf eine Verhandlung eingelassen hat, ja sogar noch nach Beendigung einer Instanz, obwohl er vor der Beendigung bereits in der Lage war, die Aussetzung zu beantragen. **RG.** JW. **00** 468, 469.

§ 88. 1. Zweck der §§ 78, 88 ist nur, den Gegner dagegen zu schützen, daß er mit einem unberechtigten Vertreter weiter verhandele. Die Partei, welche mit einem als Prozeßvertreter des Gegners aufgetretenen Rechtsanwalt verhandelt hat, kann in den höheren Instanzen nicht geltend machen, der Rechtsanwalt habe keine Vollmacht gehabt. **RG.** in Gruchots Beitr. **44** 1183; R. **00** 375.

2. Wird dem Mangel der Vollmacht nicht abgeholfen, so ist der Prozeßbevollmächtigte nicht weiter zuzulassen. Dem Erfordernisse der Schriftform wird durch Aufnahme der Bevollmächtigungserklärung in das Sitzungsprotokoll genügt. **RG.** in Gruchots Beitr. **44** 475, JW. **00** 529.

2. Der Mangel der Vollmacht eines Gegners, mit dem ohne Rüge verhandelt worden ist, kann nicht mehr in zweiter Instanz gerügt werden. **RG.** JW. **00** 520, vgl. dagegen OLG. **3** 330 (Köln).

3. a) Der Anwalt muß nach § 80 wie jeder Laienvertreter die Vollmacht zu den Akten einreichen. Hierüber hat das Gericht zu wachen. Den Mangel der Vollmacht hat es zu rügen — d. h. das Fehlen der Befugniß, für die Partei den Prozeß zu betreiben —, wenn es sich um eine Thätigkeit des Anwalts handelt, für die eine Vertretung der Partei nicht geboten ist. Dies ist der Fall bei dem Verfahren vor dem beauftragten oder ersuchten Richter und allen Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können.

Der § 88 ist nicht eine Ausnahme von § 80, dieser hat nicht das Rügerecht des Gegners bzw. die Rügepflicht zum Gegenstande, und ebensowenig handelt § 88 von dem Ausweise der Bevollmächtigung. § 80 betrifft lediglich die äußere Erkennbarkeit des Vollmachtvertrags, § 88 dagegen die innere Seite desselben. Schönfeld, R. **01** 337 ff., 429. Hiergegen Meyer das. 380, Heine das. 462, 491.

b) Der Abs. 2 dieses Paragraphen ist dahin auszulegen, daß im Anwaltsprozeß ohne die Rüge des Gegners eine Prüfung der Vollmacht seitens des Gerichts überhaupt nicht eintreten darf, und zwar auch dann nicht, wenn innerhalb dieses Prozesses solche Handlungen des Anwalts in Frage stehen, wie Ertheilung der Urtheilsausfertigung und Kostenfestsetzung, welche nach den Bestimmungen der CPO. im Uebrigen auch von der Partei persönlich oder einem anderen Bevollmächtigten vorgenommen werden können. Remelé unter Berufung auf die Materialien im R. **01** 250 ff., **02** 12 ff.

c) Die Praxis ist gleichfalls uneinig.

1. Beim Antrag auf Urtheilsausfertigung fordert Vorlegung der Vollmacht OLG. **1** 414 (Breslau), dagegen OLG. **2** 293 (K.G.).

2. Beim Antrag auf Kostenfestsetzung wird Vorlegung regelmäßig nicht gefordert. OLG. **2** 209 (Kiel), OLG. Jena R. **02** 129.

§ 89. 1. Stillschweigende Genehmigung im Sinne des § 89 CPO. ist anzunehmen, wenn die Partei Kenntniß davon hat, daß ein bestimmter Anwalt für sie im Prozeß aufgetreten ist, und wenn sie durch denselben Nachrichten über Termine und eine Ausfertigung des ergangenen Urtheils erhalten hat, ohne ihrer Vertretung durch ihn zu widersprechen. **RG.** JW. **01** 331.

2. Bringt der Prozeßführer der als Kläger bezeichneten Partei keine Vollmacht bei, so darf Mangels einer rechtsgültigen Klage auch kein Urtheil ergehen. HansGerZ. **00** 202 (Hamb.).

3. Geschieht dies aber dennoch, so muß auch über die entstandenen Kosten entschieden werden. Da die als Kläger bezeichnete Partei thatsächlich gar nicht im Prozesse begriffen ist, kann sie nicht zur Kostentragung verurtheilt werden, wohl aber nach § 89 Abs. 1 letzter Satz der Prozeßführer ohne Vollmacht. OLG. **1** 449 (Hamb.).

4. (99.) Der § 89, der mit § 88 in unmittelbarem Zusammenhange steht, setzt voraus, daß der Mangel der Vollmacht gerügt worden ist, im Parteiprozesse von Amtswegen, im Anwaltsprozesse von dem Gegner. In einem derartigen Falle kann das Gericht den Bevollmächtigten zur Prozeßführung einstweilen zulassen und, wenn dies geschieht, hat es gleichzeitig dem Bevollmächtigten eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren er die Genehmigung seiner Partei zur Prozeßführung beizubringen hat; erst wenn diese Frist abgelaufen ist und die Genehmigung auch nicht später vor dem Erlasse des Endurtheils beigebracht wird, hat die Verurtheilung des Zugelassenen in die Kosten zu erfolgen. **RG.** JW. **01** 834.

Die Kosten, von denen § 89 handelt, tragen den Charakter von Prozeßkosten. Die über sie getroffene Entscheidung fällt daher unter § 567 Abs. 2 CPO. **RG. 51** 100, JW. **02** 214.

Fünfter Titel.

Prozeßkosten.

§ 91. 1. Ueber Prozeßkostenpflicht und Grund derselben vgl. Goeckel Thür. Bl. **49** 1.

Der Unterliegende hat a) die eigenen, b) die gegnerischen außergerichtlichen, c) die Gerichtskosten zu tragen und zwar letztere sowohl dem Gegner als auch der Staatskasse gegenüber. Die Entscheidung über die Kosten, welche sich auf die Vorschriften der CPO. über die Kostentragung stützt, entscheidet zugleich die Kostenpflicht gegenüber der Staatskasse. Goeckel a. a. O. **48** 363 f.

2. Marcus, Kostenrechtliche Fragen des Urkundenprozesses, KGBl. **01** 61. Vgl. zu §§ 596, 600.

3. § 91 legt die Kosten der Partei auf, die schließlich unterliegt, nicht der bei Vorabentscheidungen über den Grund des Anspruchs oder über prozeßhindernde Einreden unterliegenden. In den Rechtsmittelinstanzen ist bei Vorabentscheidungen daher die Kostenentscheidung dem künftigen Urtheil vorzubehalten. OLG. **2** 400 (Colmar). Vgl. auch Z. 34.

4. Die Thatsache allein, daß es in der mündlichen Verhandlung einer Aufklärung über technische Dinge bedurfte, genügt mit Rücksicht auf § 144 CPO. noch nicht, um die durch die Parteien bewirkte Heranziehung von Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung und die dadurch entstandenen Kosten

für zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig zu erklären. **RG.** JW. **01** 139.

5. Hat der zur Fristsetzung Berechtigte (§ 326 BGB.) ein Interesse daran, die Eröffnung seiner Aufforderung an den Gegner festzustellen, so kann er von dem Gegner Kostenersatz verlangen, wenn er sich zu dieser Feststellung eines Gerichtsvollziehers bedient. OLG. 2 438 (Karlsr.).

6. Die Kosten der zur Erlangung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils geschehenen Hinterlegung sind als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendige ersatzfähig. OLG. **3** 433 (Hamb.)

7. Geräth der Beklagte während des Prozesses in Konkurs und ändern sich dann die thatsächlichen Verhältnisse, so daß an die Stelle des Erfüllungsder Interessеanspruch tritt, so muß der Gemeinschuldner der so geänderten Forderung widersprechen. Andernfalls wirkt die Feststellung der Forderung gegen den Gemeinschuldner als rechtskräftiges Urtheil. Er muß daher als Unterlegener die Prozeßkosten tragen. OLG. 3 211 (Dresden).

8. Nach Schultzenstein in Busch 3. 28 373 darf die für Zeitversäumniß zu gewährende Entschädigung in Höhe der Zeugengebühr den Betrag des erlittenen Schadens nicht übersteigen; es ist jedoch ein besonderer Nachweis, daß der Schaden die Zeugengebühr erreiche, nicht nothwendig, sondern es darf hiervon als der Regel ausgegangen werden.

9. Ist eine offenbare Unrichtigkeit des ersten Urtheiles durch Berufung angefochten, obwohl der Weg des § 319 CPO. freistand, so muß der Berufungskläger die durch die Berufung entstandenen Mehrkosten tragen. OLG. 3 433 (Marienw.).

10. Wird der Arrest durch Beschluß, also ohne Anhörung des Gegners, angeordnet, so sind doch die Kosten dem Gegner aufzuerlegen. Denn die Entscheidung hat so zu lauten, wie es unter der Voraussetzung, daß die bei der Erlassung angenommenen Umstände mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmen, dem Rechte des Antragstellers entspricht. OLG. 3 212 (BayrObLG.).

Gegen diese Entscheidung wendet sich Keidel, R. **02** 67. Er führt aus, daß keine Entscheidung über einen Streitpunkt erfolge, daß also von einem „Unterliegen“ des Arrestbeklagten nicht die Rede sein könne. Uebereinstimmend mit der Entscheidung des BayrObLG.: Falkmann, Busch 3. **15** 63 und **Marcus**, A.civPr. **79** 451.

11. Liegen verwickelte Streitfragen vor, sind verschiedene Beweisermittelungen nöthig, und ist die Partei nicht im Stande, allein auf schriftlichem Wege ihrem Anwalte, der fern von ihr wohnt, genügende Aufklärung zu geben, so ist ein Korrespondenzanwalt und die durch ihn verursachte Kostenmehrung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig. **RG.** JW. **01** 123.

12. Wird der ursprünglich begründete Klaganspruch durch Aenderung der Gesetzgebung unbegründet, so hat gleichwohl der Kläger die Prozeßkosten zu tragen, wie er die Folgen jedes Zufalls, der seine Klagabweisung herbeiführt, auf sich zu nehmen hat. **RG.** JW. **00** 507, 726, 869, **01** 483, OLG. **1** 14 (Breslau).

13. Von einem Unterliegen ohne Urtheil kann nur die Rede sein, wenn Kläger die geforderte Leistung nach Erhebung der Klage entweder erhält oder wenn er in anderer Weise befriedigt wird oder wenn wegen veränderter Umstände die weitere Rechtsverfolgung unmöglich wird. (OLG. Cöln. RheinAB. **20** 131).

14. Rechtshängigkeit der Streitsache im Arrestprozeß entsteht durch die Einreichung des Gesuchs bei Gericht, gleichviel ob es dem Gegner mitgetheilt ist oder nicht (§§ 263, 920, 921 CPO.). Ist der Gegner durch Anordnung seiner An=

hörung bzw. der mündlichen Verhandlung in das Verfahren hineingezogen, so hat er das Recht, seine Vertheidigung vorzubereiten und, wenn das Gesuch zurückgenommen wird, den Antragsteller zur mündlichen Verhandlung über die Kosten des Verfahrens, die der Antragsteller tragen muß, zu laden (KG. in OLG. 2 425).

15. Das KG. hat (Seuff. Arch. 58 201) ausgeführt: Die Kosten der Reise der Partei zur Beweisaufnahme sind nur dann zu erstatten, wenn die Anwesenheit der Partei in den Beweisterminen nothwendig war; die Höhe des Streitgegenstandes und die große Bedeutung eines günstigen Beweisergebnisses und einer entsprechenden Entscheidung für die Partei sind nicht geeignet, die Nothwendigkeit der Anwesenheit zu begründen.

16. Die Erstattung derjenigen Kosten, welche dem Kläger nach der Terminsbestimmung, aber vor Klagezustellung erwachsen sind, kann nur im Wege eines besonderen Prozesses beansprucht werden (OLG. Karlsruhe, R. 03 130).

17. Unkenntniß der deutschen Sprache auf Seiten einer ausländischen Prozeßpartei rechtfertigt nicht ohne Weiteres die Erstattung der Korrespondenzgebühr eines ausländischen Anwalts (KG., KGBl. 14 18).

18. Sind mehrere kostenpflichtige Personen durch einen Anwalt vertreten, so braucht nur eine Abschrift der Kostenrechnung mitgetheilt zu werden (OLG. Karlsruhe, R. 03 158).

19. Steht ein Kostenerstattungsanspruch einer aus mehreren Personen bestehenden Partei zu, so kann jede dieser Personen nur den auf sie entfallenden Antheil erstattet verlangen, es sei denn, daß sie alle Kosten allein bezahlt und Erstattung von den zahlungsunfähigen Streitgenossen nicht erlangt hat (OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. 27 238). KG., KGBl. 13 95 behandelt den Fall, daß von mehreren durch einen Rechtsanwalt vertretenen Streitgenossen der eine obsiegt, während der andere unterliegt, und entscheidet ihn ebenfalls dahin, daß der obsiegende Theil nur den auf ihn entfallenden Kopftheil erstattet verlangen kann.

20. Schreibgebühren des Anwalts für Anfertigung von Abschriften, namentlich von eingeklagten Wechseln nebst Protesten, sind erstattungsfähig (OLG. Darmstadt, HessRspr. 3 106. Ebenso KGBl. 12 122).

21. Mit der Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter werden beim Unterliegen auch die Kosten des Rechtsstreits, welche der Betrieb der Sache durch den Gemeinschuldner verursacht hat, Masseschulden, ausgenommen die bei Aufnahme des Rechtsstreits bereits rechtskräftig anderweit auferlegten Kosten (OLG. Breslau, R. 02 590).

22. Gebühren für gutachtliche Aeußerungen des Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz an den für die Revisionsinstanz bestellten Anwalt sind nicht erstattungsfähig (OLG. Frankf. a. M., FrkfRundschau 36 46).

23. Die den Parteien des Hauptprozesses in dem Verfahren vor dem Gerichtshofe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten entstandenen Kosten sind erstattungsfähig. OLG. 6 385 (Rostock).

24. Nicht nur die Aufrechnungs-, sondern jede Art von Tilgungseinrede, also auch die Einrede der Zahlung ist im Kostenfestsetzungsverfahren unstatthaft. OLG. 6 390 (Dresden).

25. Erklärt Kläger, daß die Streitsache erledigt sei, so ist er kostenpflichtig. Denn war der Klaganspruch zwar zur Zeit der Klagerhebung begründet, ist er es aber nicht mehr zur Zeit des Urtheils, so muß die Klage abgewiesen und die Kostenlast dem Kläger als dem unterliegenden Theile auferlegt werden (OLG. Jena, ThürBl. 50 96).

26. Zu den einer Partei durch Urtheil auferlegten „Kosten des Rechtsstreits" können die durch Ankündigung einer demnächst nicht erhobenen Wider-

klage verursachten Kosten nicht gerechnet werden, wenn das Urtheil über diese Kosten nichts bestimmt (RG. 51 5).

27. Stempelkosten, welche einer Partei dadurch entstehen, daß ihr Prozeßbevollmächtigter eine Substitutionsvollmacht ausstellt, sind nicht zu erstatten. OLG. Frankf. a. M., FrkfRundschau 35 201.

28. Für Anfertigung eines Armenrechtsgesuchs liquidirte Anwaltsgebühren (§§ 23, 29, 13 GebO.) sind nur dann erstattungsfähig, wenn die arme Partei das Gesuch weder selbst fertigen noch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklären konnte (KG., OLG. 5 471).

29. Die Kosten eines vor Beginn des Rechtsstreits eingeholten Privatgutachtens können dem siegreichen Kläger erstattet werden. RG. JW. 02 529 und OLG. Hamburg, DJZ. 8 36.

30. Die Kosten der nach §§ 771, 769 CPO. verfügten Einstellung der Zwangsvollstreckung gehören zu den Kosten des Interventionsprozesses (Dresden, Ann. des OLG. 24 157).

31. Die Reisekosten eines auswärtigen Anwalts sind erstattungsfähig, wenn am Sitze des Prozeßgerichts zwar ein Anwalt ansässig, jedoch zur Vertretung der Partei unfähig ist, weil er bereits von der Gegenpartei beauftragt ist (OLG. Breslau, R. 03 82).

32. Die Partei hat ihr vermögensrechtliches Interesse, nicht das allgemeine Interesse an einer geordneten Rechtspflege wahrzunehmen. Greift sie materiell richtige Urtheile wegen prozessualer Verstöße an, so thut sie das auf die Gefahr, bei endgültigem Unterliegen die Kosten aller Instanzen tragen zu müssen RG. JW. 02 17.

33. In einem Urtheile, durch welches über den Grund des Anspruches entschieden wird, ist über die Prozeßkosten nicht zu entscheiden. RG. JW. 02 182.

34. Unterliegt der Beklagte nur dem event. Klagantrage, so darf er mit den besonderen Kosten, welche durch den prinzipalen Antrag entstanden sind, nicht belastet werden. RG. JW. 02 359.

35. Die Gebühren und Auslagen eines für Vertretung einer Partei in einem auswärtigen Beweisaufnahmetermine substituirten Rechtsanwalte sind insoweit, als sie die Reisekosten und Tagegelder des Prozeßbevollmächtigten nicht übersteigen, in jedem Falle — gleichviel ob die Beweisaufnahme einfach oder schwierig ist — von dem in die Prozeßkosten verutheilten Gegner zu erstatten. RG. (verein. Civils.) 51 11.

36. Die Kosten der auf Einstellung der Zwangsvollstreckung lautenden einstweiligen Anordnung gehören zu den Kosten des Rechtsstreits über die Widerspruchsklage — auch dann, wenn sie inkorrekt in der Klage beziffert oder im Urtheile zum Gegenstande der Hauptentscheidung gemacht werden. RG. 50 356.

§ 92. 1. Maßgebend für das Verhältniß sind a) der Werth des durchdringenden und der des unterliegenden Anspruchs, b) das besondere Kosten verursachende prozessuale Verhalten der Parteien. Goeckel a. a. O. 48 364 ff.

2. Vorausgesetzt ist nicht eine Zuvielforderung an Kapital, sondern eine solche in Beziehung auf den Streitgegenstand ohne Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenanspruch. Ob sie geringfügig war, ist ebenfalls ohne Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenanspruch nach dem Verhältnisse zu beurtheilen, in dem der zuviel geforderte Betrag zum Gesammtgegenstande des Streites steht. OLG. 2 162 (Jena).

3. Obwohl die Berücksichtigung der Kostenvertheilungsgrundsätze der §§ 92 Abs. 2, 96, 97 Abs. 2 dem Ermessen des Gerichts unterliegt, muß doch darin, daß das Urtheil sich jeder Erörterung in dieser Beziehung enthält und nur auf § 91 verweist, ein Rechtsverstoß erblickt werden, wofern die Annahme begründet erscheint, daß das Gericht, wenn es sich der ihm nach §§ 92 Abs. 2, 96, 97

Abs. 2 zustehenden Befugnisse bewußt gewesen wäre, die Kosten anders vertheilt hätte. **RG.** JW. **01** 422.

4. Daß die Zuvielforderung des Klägers nicht auf einem besonderen Versehen beruht, reicht nicht aus, um seine gänzliche Befreiung von der Kostenlast zu begründen. **RG.** JW. **01** 120.

5. Von der Befugniß des Abs. 2 wird ausnahmsweise nur dann Gebrauch gemacht und dem wesentlich Unterliegenden die gesammte Kostenlast aufgebürdet, wenn das Unterliegen des wesentlich Obsiegenden im Verhältnisse zur erstrittenen Forderung einerseits gering ist und andererseits keine besonderen Kosten veranlaßt hat. OLG. Breslau, R. **02** 559.

§ 93. 1. Ueber die Frage, ob der Kläger genügende Veranlassung zur Klage habe, entscheidet im Allgemeinen das freie Ermessen des Richters; doch lassen sich folgende Regeln aufstellen (Hellwig 354): Veranlassung ist gegeben bei Erfüllungsverzug wie bei Annahmeverzug; ein Zurückbehaltungsrecht des Schuldners nimmt dem Gläubiger nicht die Veranlassung zur Klage; ferner dann, wenn der Gläubiger nach Lage der Sache annehmen durfte, daß die Klage zur Realisirung seiner fälligen Forderung erforderlich sei (a. a. O. 358 ff.). Bei den Klagen aus einer dinglichen Belastung (BGB. §§ 1113, 1191, 1194, 1105) wegen einer fälligen Summe gegen den Eigenthümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, können dem Gläubiger niemals die Kosten des Prozesses auferlegt werden, da der Gläubiger eines Vollstreckungstitels bedarf, § 1147 (360 ff.). Anders bei der beschränkten Haftung des Uebernehmers eines Vermögens (§ 419 II). Hier ist die Frage nach der Klageveranlassung nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (362). Kann in den Fällen der CPO. §§ 726 I, 727 der Gläubiger den erforderlichen Nachweis durch öffentliche Urkunden erbringen, wählt er aber den Klageweg, so ist die Klage nur dann veranlaßt, wenn der Schuldner das Bestehen des Anspruchs bestritten hat (363). Das Gleiche gilt für den Fall CPO. § 794 Nr. 5, wenn der Gläubiger trotz des Besitzes des Vollstreckungstitels Klage auf Verurtheilung erhebt. Hellwig 364 ff.: Außer dem Mangel der Klageveranlassung verlangt CPO. § 93, daß der Beklagte den Anspruch des Gläubigers, so wie er geltend gemacht ist, in der Verhandlung sofort anerkennt. Voraussetzung der Anwendung des § 93 ist, daß der Kläger eine Verurtheilung erzielt. § 93 ist aber entsprechend anzuwenden auf den Fall, daß die Klage begründet und veranlaßt war und der Kläger die Unbegründetheit sofort nach Eintritt der sie herbeiführenden Thatsachen anerkennt, sofern der Wechsel des Klagerechts nicht auf einem von dem Kläger zu vertretenden Umstande beruht und sofern der Wechsel nicht mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Klagerhebung eintritt (wie bei Anfechtung und Aufrechnung). Nur wenn der Beklagte mit einer Forderung aufrechnet, die er vor der Klagerhebung erworben hat, ohne dem Kläger den Uebergang mitzutheilen und auf Verlangen nachzuweisen, trägt der Beklagte die Kosten (arg. CPO. § 94). Eine sofortige Anerkennung ist nicht erforderlich, wenn die Klageveranlassung deshalb fehlte, weil der Kläger den von dem Beklagten mit Recht verlangten Nachweis des Rechtsüberganges nicht vor der Klaganstellung beigebracht hatte. Der Kläger trägt auch die Kosten, wenn er aus einem gegenseitigen Vertrag auf pure Verurtheilung geklagt hat und der Beklagte, der vor dem Prozesse die Erfüllung Zug um Zug nicht verweigert hatte, die entsprechende Einschränkung der Verurtheilung herbeiführt. Wird der Mangel einer Klage nachträglich behoben, so vermeidet der Beklagte die ganzen Kosten, wenn er lediglich wegen dieses Mangels Widerspruch erhoben hatte und nunmehr alsbald anerkennt. Hatte der Beklagte den Anspruch auch aus anderen Gesichtspunkten mit Unrecht bestritten, so trägt er die durch sein grundloses Bestreiten entstandenen Kosten (a. a. O. 364 ff.).

2. Kostenentscheidung bei Interventionsklagen. Der Gläubiger hat Anspruch auf Glaubhaftmachung der Ansprüche des Interventionsklägers und Belassung einer angemessenen Frist zur Orientirung über die Sachlage KG., OLG. 3 130; OLG. Hamburg, Seuff. A. 57 418. Der Gläubiger braucht sich darauf, daß das Gericht bei Erlaß des Einstellungsbeschlusses den Anspruch des Interventionsklägers für glaubhaft gemacht erachtet hat, nicht verweisen zu lassen. KG., Seuff. A. 57 419, OLG. 5 38. Dagegen hat nach **RG.**, JW. 02 214 der Interventionskläger keine Verpflichtung, die seinem Anspruche zu Grunde liegenden Thatsachen im Einzelnen dem Gläubiger vor der Klagerhebung zu bezeichnen.

3. Schützt der Beklagte in erster Reihe die Einrede der Klagänderung vor und erkennt nur für den Fall an, daß das Gericht eine Klagänderung nicht für vorliegend erachtet, so ist kein Anerkenntnißurtheil zu erlassen. Denn als sofortiges Anerkenntniß kann nur ein in der ersten mündlichen Verhandlung vorbehaltlos, daher auch unbedingt abgegebenes Anerkenntniß erachtet werden. OLG. 3 132 (Karlsr.).

4. a) Das „sofortige Anerkenntniß" hat zur naturgemäßen Voraussetzung, daß das Verlangen des Klägers an sich ein gerechtfertigtes und daß Beklagter gegenüber einem solchen Verlangen nicht im Verzuge ist. Leidet aber der Klaganspruch selbst an einen Mangel, so kann der Ausdruck „sofort anerkennen" nur bedeuten, daß im ersten Verhandlungstermin nach Hebung jenes Mangels der Anspruch anerkannt wird. Vogel, PosMschr. 02 67.

b) Für ein sofortiges Anerkenntniß im Sinne von § 93 CPO. kommt es nur auf eine Anerkennung in der ersten mündlichen Verhandlung, nicht auf die Erklärung in vorbereitenden Schriftsätzen an. OLG. 3 435 (KG.).

5. In der thatsächlichen Befriedigung des Klägers durch den Beklagten während des Prozesses liegt kein Anerkenntniß im Sinne des § 93; die Entscheidung im Kostenpunkt ist daher davon abhängig, ob der Klaganspruch in der Hauptsache bei dem zuständigen Gerichte und in rechtsbegründeter Weise erhoben worden ist. **RG.** JW. 01 187.

6. Erkennt der mit der Hypothekenklage belangte Eigenthümer den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung sofort an, so muß er doch die Kosten tragen, wenn er nach Kündigung und nach Zahlungsaufforderung nichts thut, um den Gläubiger zu befriedigen. Er kann entweder gemäß § 1142 BGB. zahlen oder dem Kläger mit dessen Zustimmung die im § 1149 bestimmten Rechte einräumen oder sich erbieten, dem Kläger eine vollstreckbare Urkunde gemäß § 794 Nr. 5 CPO. auszustellen. OLG. 3 318 (Celle).

7. Der mit der Hypothekenklage belangte Eigenthümer muß, auch wenn er sofort anerkennt, die Kosten des Rechtsstreits tragen, sofern er nur wußte, daß die Forderung fällig war und daß der Hypothekengläubiger im Nichtzahlungsfalle sich an das Grundstück halten werde. Auch einer Zahlungsaufforderung des Hypothekengläubigers an den Eigenthümer bedurfte es nicht. Es war Sache des Beklagten, dem Kläger die Veranlassung zur Klage zu nehmen; aber auch, wenn dies nicht möglich sein sollte, so würde darin immer noch kein Grund liegen, dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, da der Kläger, der einen vollstreckbaren Titel zur Vollstreckung in das Grundstück braucht, jedenfalls Veranlassung zur Klage hat; daß der Beklagte die Veranlassung schuldhaft giebt, ist nicht erforderlich. OLG. 3 319 (Celle). Dagegen OLG. 1 259 (Marienw.).

8. Bei der Eintragung einer Vormerkung für die Sicherungshypothek des § 648 BGB. hat der Schuldner als unterliegende Partei die durch die Erwirkung der einstweiligen Verfügung entstandenen Kosten zu tragen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er zur Bewilligung der Eintragung vorher nicht auf-

gefordert worden sei; denn eine vorherige Aufforderung würde in manchen Fällen die erstrebte Sicherung vereiteln. OLG. 3 433 (Celle).

9. Hat ein Gläubiger auf Zahlung einer verpfändeten Briefhypothekenforderung Klage erhoben und zunächst Zahlung an ihn beantragt, im Laufe des Prozesses aber den Antrag gestellt, an ihn und den Pfandgläubiger zu zahlen, so treffen ihn die Prozeßkosten, wenn der Schuldner um Abweisung des ersten Antrags gebeten hatte, auf den zweiten Antrag hin aber sofort Zahlung geleistet hat. RG. 52 141.

10. Wird der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte seiner Frau verurtheilt, so hat er die Prozeßkosten zu tragen, wenn er weder die Befriedigung des Gläubigers vor Klagerhebung herbeigeführt, noch ihn in Stand gesetzt hat, ein gegen die Frau ergangenes Urtheil sofort in das eingebrachte Gut vollstrecken zu können. KG., OLG. 5 398.

11. Hat Kläger vor Klagerhebung zuviel gefordert und Beklagte das wirklich Geschuldete auch nur wörtlich angeboten, so hat er keinen Anlaß zur Klage gegeben, falls anzunehmen ist, daß der Beklagte das wörtlich Angebotene auch thatsächlich geleistet hätte, sobald der Kläger zu dessen Empfangnahme sich bereit erklärt hätte. OLG. 5 168 (Dresden).

12. Das Anerkenntniß muß in der ersten mündlichen Verhandlung auf die Klage oder die geänderte Kläge oder doch unmittelbar nach Fälligwerden des Anspruchs erklärt werden. OLG. 5 468 (Dresden).

13. Dem Erfordernisse der sofortigen Anerkennung des Klaganspruchs wird dadurch genügt, daß der Beklagte, mag er auch in einem vorbereitenden Schriftsatze sich bestreitend ausgelassen haben, das Anerkenntniß erklärt. Vgl. auch Z. 4. Für die Frage, ob der Beklagte Veranlassung zur Klagerhebung gegeben hat, kann sein Verhalten nach Klagerhebung nur insoweit in Betracht kommen, als es den Schluß gestattet, daß der Beklagte den Kläger ohne Klage nicht befriedigt haben würde. OLG. Frankf. a. M., R. 03 20.

§ 96. § 96 ist nicht anwendbar, wenn der Beklagte auf Grund einer prozeßhindernden Einrede in erster Instanz gesiegt hat, die Einrede aber in zweiter Instanz verworfen wird. RG. Seuff. A. 58 36, Gruchots Beitr. 46 1050.

§ 97. Dringt der Gläubiger mit der Beschwerde gegen den seinen Antrag auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel abweisenden Beschluß durch, so müssen die Kosten der Beschwerde dem Gegner auferlegt werden, auch wenn er nicht gehört war. OLG. Hamburg, 5 451.

§ 98. Dieser Paragraph gilt nach OLG. Colmar, Elſ. Lothr. JZ. 27 245 auch für außergerichtliche Vergleiche.

§ 99. 1. Landsberg, Die neuen Rechtsmittel gegen Kostenentscheidungen, PosMschr. 99 120 ff.

2. Erledigt sich die Klage nach Einreichung in der Hauptsache und werden die bis dahin entstandenen Kosten als Schadensersatzanspruch Gegenstand der Klage, so bilden sie die Hauptsache; das ergehende Urtheil unterliegt der Berufung und Revision, aber nicht der sofortigen Beschwerde. RG. 47 404 und JW. 01 3, 4.

3. Ist der Beklagte zur Zahlung von Kapital und Zinsen unter Belastung mit den Kosten verurtheilt und zahlt das Kapital vor, die Zinsen nach Einlegung der Berufung, so ist, da der Streit in der Hauptsache sich erst nach Einlegung des Rechtsmittels erledigt hat, die weitere Verfolgung des Rechtsmittels wegen der Kostenentscheidung zulässig. RG. JW. 01 157.

4. Streiten die Parteien in zweiter Instanz darüber, ob ein auf Grund des ersten Urtheils bezahlter Betrag nach Behauptung des Beklagten zur Abwendung der Zwangsvollstreckung oder nach klägerischer Behauptung in der Absicht der

Tilgung der Klageforderung gezahlt ist, so ist das erste Urtheil in der Hauptsache angegriffen. **RG. JW. 02** 359.

5. Ebenso streiten die Parteien in der Hauptsache, wenn der Kläger den Rechtsstreit für erledigt ansieht, der Beklagte Abweisung beantragt. Ein diesen Streit entscheidendes Urtheil kann nicht allein im Kostenpunkt angegriffen werden. **RG. JW. 02** 162.

6. Der in die Kosten verurtheilte Nebenintervenient im Sinne des § 69 CPO. kann, da die in der Hauptsache ergangene Entscheidung auch ihn betrifft, wegen der Kosten allein ein Rechtsmittel nicht einlegen. **RG. JW. 02** 18.

7. Eine Entscheidung zur Hauptsache liegt nicht vor, wenn nach deren Erledigung in dem folgenden Kostenstreite der Beklagte für den Fall seines Obsiegens beantragt hatte, den Kläger zur Erstattung schon vorher gezahlter Kosten zu verurtheilen, und dieser Antrag abgewiesen ist. OLG. 5 468 (Hamb.).

8. Abs. 1. Nach OLG. 6 428 (Königsb.) ist dieser Absatz dahin zu verstehen, daß die Anfechtung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt ist. Zulässig ist es nicht, wenn die Hauptsache sich vor Einlegung des Rechtsmittels erledigt hat. Dies trifft im Verfahren über die einstweilige Verfügung hinsichtlich dieser zu, wenn der durch die einstweilige Verfügung gesicherte Anspruch berechtigt ist. Die Kosten, die die Vollziehung einer angeordneten Zwangsverwaltung verursacht haben, gehören nicht zur Hauptsache.

9. Ficht der Beklagte ein ihn verurtheilendes Erkenntniß deshalb an, weil er anerkannt habe und ein Anerkenntnißurtheil, nicht ein kontradiktorisches Urtheil hätte ergehen müssen, so ist die Berufung zulässig, weil die Anfechtung sich nicht auf den Kostenpunkt beschränkt. OLG. 3 323 (Bamb.).

10. Die in Uebereinstimmung mit den Parteien erfolgende Erklärung der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ist keine zur Hauptsache ergangene Entscheidung. **RG. JW. 00** 586.

11. Abs. 2. Ist über einen Theil der Hauptsache Anerkenntnißurtheil ergangen und der Rest des Hauptanspruchs sowie die Kostenfrage durch kontradiktorisches Schlußurtheil erledigt, so ist gegen die Kostenentscheidung des Schlußurtheils, soweit sie die durch das Anerkenntnißurtheil erledigte Hauptsache betrifft, das Rechtsmittel der Berufung gegeben, da das Schlußurtheil als Ergänzung des Anerkenntnißurtheils und mit diesem zusammen als ein einheitliches Ganzes aufzufassen ist (OLG. Posen, PosMschr. 03 45). Dahingegen hat das OLG. Stettin, OLG. 5 161, 162 in solchem Falle die Berufung nur wegen der Kosten überhaupt nicht für zulässig erklärt.

12. Die nach Erledigung der Hauptsache durch Anerkenntnißurtheil noch über den Kostenpunkt ergehende Entscheidung ist, wie die Behandlung in dem besonderen Abs. 2 des § 99 ergiebt, nur mit der Berufung und eventuell weiter auch mit der Revision, mit der sofortigen Beschwerde aber weder als erstinstanzliches noch als Berufungsurtheil, ob Revisionsmöglichkeit gegeben oder nicht, angreifbar. **RG. JW. 01** 4 u. 5.

13. Ist in Betreff der Hauptsache zum Theil ein Anerkenntnißurtheil ergangen, während sie sich zum andern Theile anderweitig ohne Entscheidung erledigt hat, so ist gegen das Urtheil, insoweit es über die Kosten mit Rücksicht auf das vorangegangene Anerkenntnißurtheil entscheidet, die Berufung und im Uebrigen die Beschwerde zuzulassen. OLG. 3 133 (Hamb.).

14. Ist ein Rechtsstreit theils durch Anerkenntnißurtheil, theils durch Klagerücknahme erledigt, so kann die Partei, die in Folge des Anerkenntnisses mit Kosten belastet ist, die Kostenentscheidung mit Berufung, die Gegenpartei, der

wegen der Klagerücknahme Kosten auferlegt sind, mit sofortiger Beschwerde anfechten. OLG. 3 437 (KG.).

15. Ist durch verschiedene Urtheile auf Grund eines Anerkenntnisses die Hauptsache erledigt und über den Kostenpunkt erkannt, so ist die Kostenentscheidung gemäß Abs. 2, nicht Abs. 3 anzufechten. Denn maßgebend ist, daß eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen, nicht wann sie erfolgt ist. OLG. **2** 253 (Posen).

16. Eine „auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurtheilung" liegt selbst dann vor, wenn das Anerkenntniß des Beklagten dem Urtheile zu Grunde liegt, ohne daß gerade Anerkenntnißurtheil erlassen ist. KGBl. **01** 85 (KG.).

17. Abs. 3. Die Beschwerde wegen Entscheidung über den Kostenpunkt ist nicht in einem größeren Umfange zugelassen, als die Anfechtung einer in der Hauptsache ergehenden Entscheidung möglich ist. OLG. Cöln, RheinAB. **20** 181.

18. Der Abs. 3 greift nur Platz, wenn gesetzmäßig wegen Erledigung der Hauptsache hierüber eine Entscheidung nicht ergangen ist, nicht, wenn zur Hauptsache hätte entschieden werden müssen. Herrscht Streit unter den Parteien darüber, ob die Hauptsache erledigt ist, so bedarf es einer bezüglichen Feststellung. Soweit die Hauptsache nicht erledigt ist, muß darüber eine sachliche Entscheidung getroffen werden, sobald die mündliche Verhandlung begonnen hatte und eine Klagezurücknahme deshalb nicht möglich war (KG. OLG. **5** 466).

19. Gegen die vom Landgericht in der Berufungsinstanz getroffene Kostenentscheidung findet keine Beschwerde statt (KG. OLG. **5** 462).

20. § 567 Abs. 2 CPO. bezieht sich auch auf die die Entscheidung über den Kostenpunkt betreffenden Beschwerden aus § 99 Abs. 3. **RG. 51** 100; vgl. auch **50** 369.

21. Ist gegen ein klagabweisendes Urtheil erster Instanz Berufung eingelegt, danach aber die Hauptsache erledigt und nur über die Kosten, allerdings unter Prüfung der Berechtigung der Hauptforderung entschieden, so ist das Urtheil mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. **RG.** JW. **01** 365.

22. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels für den Fall einer Entscheidung in der Hauptsache ist Voraussetzung für die Anfechtbarkeit einer Entscheidung über den Kostenpunkt allein aus § 99 Abs. 3. **RG. 46** 347 und JW. **00** 390, 493, 714.

23. Die Bestimmung des Abs. 3 setzt voraus, daß die Hauptsache ohne Entscheidung erledigt ist. OLG. **3** 132 (Karlsr.).

24. Ist die Entscheidung in der Hauptsache auch nicht in demselben Urtheil erfolgt wie die über den Kostenpunkt, so ist doch die sofortige Beschwerde ausgeschlossen, selbst wenn die selbständige Kostenentscheidung nur die Kosten einer Nebenintervention betrifft. **RG. 46** 393, JW. **00** 521.

25. Die Anwendung des Abs. 3 ist ausgeschlossen, wenn über die Hauptsache überhaupt erkannt ist. Gleichgültig ist es, ob über Hauptsache und Kosten in demselben Urtheil oder in getrennten Urtheilen erkannt wurde. OLG. **3** 436 (Königsb.).

26. Die Worte des Gesetzes: „Ist eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen" sind auch auf den Fall zu beziehen, daß nur über einen Theil der Hauptsache eine Entscheidung nicht erfolgt ist. Denn der Grund des § 99 Abs. 3 nach den Materialien der Novelle S. 506: daß die Versagung der Anfechtung in den Fällen, wo die Hauptsache ihre Erledigung gefunden habe, als unbillige Beeinträchtigung der Rechtsverfolgung empfunden sei, trifft auch auf den vorliegenden Fall zu. OLG. **3** 134 (Stettin).

27. Entscheidung in der Hauptsache i. S. von § 99 Abs. 3 deckt sich nicht mit Entscheidung in der Sache selbst. Das Wort Hauptsache bildet nicht den Gegensatz zu prozeßhindernden Einreden, wie in den §§ 274, 275, sondern zum Kostenpunkt. OLG. **2** 400 (Colmar).

28. Die Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde gegen eine Entscheidung über eine Beschwerde aus § 99 Abs. 3 ist nicht davon abhängig, daß auch in der Hauptsache ein weiteres Rechtsmittel zulässig gewesen wäre. RG. JW. **00** 647.

29. Die Beschwerdesumme einer weiteren Beschwerde (§ 567) gegen eine über die Beschwerde aus § 99 Abs. 3 ergangene Entscheidung ist nur nach den Kosten zu berechnen, über welche diese Entscheidung erkannt hat. Es bleiben als Nebenforderungen gemäß § 4 außer Betracht die Kosten des Kostenfestsetzungs- und des Beschwerdeverfahrens vor dem Oberlandesgerichte. RG. JW. **00** 647.

30. Gegen eine lediglich über die Kosten befindende Entscheidung ist die sofortige Beschwerde dann gegeben, wenn nach Lage des Falles gegen eine in der Hauptsache etwa ergangene Entscheidung ein Rechtsmittel zulässig sein würde. OLG. Frankfurt a. M., Buschs Z. **31** 90.

31. Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist zwar der Gegner, nicht aber ist nochmals der Beschwerdeführer über das gegnerische Vorbringen zu hören. RG. JW. **01** 326.

32. Im Beschwerdeverfahren wegen der Kostenentscheidung ist die Auferlegung richterlicher Eide statthaft. RG. **50** 368, JW. **02** 90.

33. Bei Berechnung der Beschwerdesumme (§§ 567 Abs. 2, 568 Abs. 3 CPO.) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens außer Berücksichtigung zu lassen und überdies die Kosten der Vorinstanz nur bis zur Erledigung der Hauptsache in Ansatz zu bringen. RG. **50** 368, JW. **02** 90.

34. Auch Nebenforderungen (Kostenfestsetzungsgebühren des Anwalts) sind bei Berechnung der Beschwerdesumme nicht zu berücksichtigen. RG. JW. **02** 181.

§ 100. Radlauer, Ueber die Kosten bei einer Streitgenossenschaft, Buschs Z. **26** 442.

1. A. 1) Abs. 1: Ueber die einzelnen Theile der Gesammtprozeßkosten (a) eigene außergerichtliche, b) gegnerische außergerichtliche, c) Gerichtskosten) sind je besondere Entscheidungen im Urtheile zu treffen. Goeckel Thür. Bl. **49** 1.

2) Abs. 2: Für die verhältnißmäßige Theilung giebt es zwei Maßstäbe:
a) der Werth der geltend gemachten Ansprüche,
b) das prozessuale Verhalten der Streitgenossen. Goeckel a. a. O. **49** 20, 13.

Beispiele daselbst, insbes. 25 (Anerk.- oder Verf.-Urtheil gegen einen, kontradikt. Urtheil gegen einen anderen Streitgenossen).

3) Abs. 3: „Besondere“ Angriffs- und Vertheidigungsmittel sind solche, welche ein Streitgenosse oder mehrere Streitgenossen allein in ihrem Prozeßverhältnisse zum Gegner, jedenfalls ohne Mitwirkung der anderen geltend machen. Einfaches Bestreiten und Beweismittel fallen nicht unter sie (26 ff. a. a. O.)

4) Abs. 4: Berücksichtigung der Art der Betheiligung, wie in Abs. 2 des Paragraphen ist hier ausgeschlossen. Die Gesammtkostenhaftung hat nur einzutreten, soweit eine solidarische Verurtheilung in der Hauptsache eingetreten ist. Diese solidarische Verpflichtung ist im Urtheil ausdrücklich auszusprechen (31 ff. a. a. O.).

B. Siegen die Streitgenossen ob, so ändert sich die Kostenentscheidung nicht. Dagegen entstehen im Kostenfestsetzungsverfahren eine Reihe von Fragen.

a) Jeder kann die Kosten eines Rechtsanwalts und seine Auslagen ersetzt verlangen, ohne Unterschied, ob einfache oder nothwendige Streitgenossenschaft vorliegt (37 ff. a. a. O.)

b) Bei gemeinschaftlichem Prozeßbevollmächtigten ist in der Kostenentscheidung auszusprechen, daß der Kostenpflichtige dem Berechtigten seine Kosten — ohne Einschränkung — zu erstatten habe. Im Festsetzungsverfahren ist ziffernmäßig zu ermitteln, welche Kosten dem einzelnen Streitgenossen erwachsen sind.

C. Beim Obsiegen einzelner, Unterliegen anderer Streitgenossen sind zu scheiden a) diejenigen Kosten, welche zwischen dem Gegner und den sämmtlichen Streitgenossen gemeinschaftlich erwachsen sind, und b) diejenigen, welche allein in dem Prozeßverhältnisse des einen Streitgenossen zum Gegner erwachsen sind.

Eine richtige Entscheidung hat z. B. zu lauten:

1. die Klage des A gegen B wird abgewiesen; C ist schuldig, an A 60 M. zu zahlen.
2. C trägt seine eigenen außergerichtlichen, die lediglich durch sein Prozeßverhältniß zu A entstandenen Gerichts- und klägerischen außergerichtlichen Kosten und $^3/_4$ der gemeinschaftlich gegen B und C erwachsenen Gerichts- und klägerischen außergerichtlichen Prozeßkosten.

A trägt die lediglich durch das Prozeßverhältniß zu B entstandenen Prozeßkosten, von den übrigen gemeinschaftlich gegen B und C entstandenen Gerichts- und eigenen außergerichtlichen Kosten $^1/_4$ und hat dem B dessen außergerichtliche Kosten zu erstatten. 41 a. a. O. Geltendmachen einer Solidarverbindlichkeit begründet keinen Unterschied in der Entscheidung (46 a. a. O.). Das Gleiche gilt für Gesammtgläubiger.

D. Anderweite Einzelfälle prozeßrechtlicher Situation in streitgenössischen Prozessen vgl. a. a. O. 48 f., Berufungsinstanz 51.

3. Für die gesammtschuldnerische Kostenhaftung aus Abs. 4 ist nach dem Gesetzeswortlaut und den Motiven entscheidend nicht das Bestehen einer civilrechtlichen Norm, welche für die Hauptsache die Gesammthaftung vorschreibt, sondern die Verurtheilung auf Grund einer solchen Vorschrift. Das Urtheil selbst muß die Gesammthaftung aussprechen. Da das Gesetz nicht unterscheidet, gilt es gleich, welche Art von Urtheil die Gesammthaftung anordnet. OLG. 1 465 (Bamberg).

4. Dem Abs. 4 kommt eine rückwirkende Kraft auf die vor dem 1. 1. 00 verkündeten Urtheile nicht zu. Zwar ist die Kostenerstattungspflicht rein prozeßrechtlicher Natur, aber auch im Prozesse gilt nicht, daß erworbene Rechte durch ein neues Gesetz nicht berührt werden. Hier liegen erworbene Rechte des Beklagten vor; denn jeder Theil kann verlangen, daß das Urtheil, das zwischen den Parteien Recht schafft, auch im Kostenpunkt ungeändert bleibt. OLG. 1 464 (Bamberg).

5. Wie das OLG. Hamburg (in OLG. 5 119) ausführt, erstreckt der Ausspruch des Urtheils über die Kosten des Rechtsstreits sich nicht auf etwaige Zwangsvollstreckungskosten. Insbesondere ist nicht ohne Weiteres, wenn die mehreren Beklagten solidarisch zur Kostentragung verurtheilt sind, ein Beklagter verpflichtet, für die Kosten einer gegen seinen Mitbeklagten gerichteten Zwangsvollstreckung aufzukommen.

§ 101. 1. Sind dem Gegner der Hauptpartei die Kosten auferlegt, so sind dazu die Kosten der Nebenintervention nur dann zu rechnen, wenn aus den Gründen mit Sicherheit erhellt, daß die Kostenentscheidung in diesem Sinne hat verstanden werden sollen. Sonst trägt der Gegner der Hauptpartei die Kosten der Nebenintervention nur bei ausdrücklicher Erwähnung in der Urtheilsformel;

eine Vermuthung, daß die Kostenentscheidung sich auch ohne ausdrückliche Erwähnung auf die Nebenintervention bezieht, besteht nicht. **RG.** JW. **01** 573. Vgl. **RG. 15** 418.

2. Außerhalb des Falles von § 69 CPO. kommen für und gegen einen Nebenintervenienten die sämmtlichen Kosten in Betracht, welche durch seine Intervention entstanden sind. Francke, Busch's Z. **27** 295 ff.

3. Legt der Nebenintervenient allein, nicht auch die von ihm unterstützte Hauptpartei ein Rechtsmittel erfolglos ein, so hat nur er die Kosten des Rechtsmittels zu tragen. Denn da diese Kosten ohne die Nebenintervention nicht entstanden wären, so sind sie durch sie verursacht. OLG. **3** 129 (Königsberg).

4. Hat der Nebenintervenient zu Gunsten der von ihm unterstützten Hauptpartei ein Rechtsmittel eingelegt, so sind die dadurch verursachten Kosten dem Gegner der Hauptpartei aufzuerlegen, soweit demselben die Kosten des Rechtsstreits zur Last fallen. BayrObLG., R. **03** 130.

§ 102. 1. In der Einlegung der Beschwerde gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt eines Prozesses, der in der Hauptsache durch Anerkenntnißurtheil bereits erledigt ist, liegt ein grobes Verschulden des Anwalts. **RG.** JW. **01** 157.

2. In der Einlegung der weiteren Beschwerde gegen einen über eine weitere Beschwerde entscheidenden Beschluß des Oberlandesgerichts liegt ein grobes Verschulden des Anwalts. **RG.** JW. **00** 893 u. **01** 355.

3. Ein Anwalt, der seinem Auftraggeber die Bedenken nicht vorstellt, die der Erhebung einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Klage entgegenstehen, macht sich eines groben Verschuldens schuldig. OLG. **3** 325 (Karlsr.).

4. Der Beschränkung des § 567 Abs. 2 unterliegen nur die im Hauptprozesse gegen Parteien oder Nebenintervenienten über die Prozeßkosten ergangenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte und Entscheidungen über die Kosten eines Zwischenstreits mit einem Dritten, nicht aber Entscheidungen, durch welche kraft richterlicher Amtsgewalt Parteivertretern oder Parteigehülfen Prozeßkosten schadensersatzweise auferlegt werden, also nicht Entscheidungen gemäß § 102. **RG.** JW. **00** 586, JW. **01** 834.

5. Das Verschulden des Anwalts bei Einlegung eines unzulässigen Rechtsmittels wird durch das ausdrückliche Verlangen des Mandanten, das Rechtsmittel einzulegen, nicht ausgeschlossen; der Anwalt hat in solchem Falle den Auftrag des Mandanten abzulehnen. **RG.** JW. **02** 392. Vgl. auch OLG. Colmar, R. **03** 82.

§ 103. 1. Von Philipp wird in Seuff. Bl. **67** 276 die Frage: Kann die Partei, welche im amtsgerichtlichen Prozeß es unterläßt, den Betrag der zu erstattenden Kosten festsetzen zu lassen, von dem Gegner den Ersatz der Mehrkosten verlangen, verneint. Vgl. indeß auch Kuhlenbeck, JW. **02** 6.

2. Der gesetzlich festgestellte Umfang des Festsetzungsverfahrens kann durch Parteivereinbarung nicht erweitert werden. Das Verfahren befaßt sich nur mit den Kosten, die unmittelbar durch den beendeten Rechtsstreit erwachsen sind. OLG. **3** 317 (Dresden).

§ 104. 1. Ueber die Erstattungspflicht hinsichtlich der Kostenfestsetzungsgebühr vgl. zu § 103 Nr. 1.

2. Im Kostenfestsetzungsverfahren kann darüber, ob der Rechtsstreit überhaupt nothwendig war, nicht befunden werden. Schultzenstein, Busch's Z. **28** 375.

3. Der Anspruch auf Kostenerstattung ist nicht im Civilrechte, sondern nur in der CPO. begründet. Daher kann er nur in dem von der CPO. hierfür

bestimmten Verfahren geltend gemacht werden. Hiernach ist im Urtheile nur über die Grundsätze der Kostenpflicht, nicht aber über die Erstattungsfähigkeit einzelner Posten zu entscheiden. OLG. 2 163 (Celle).

4. Da mit der Niederlegung des Schiedsspruchs die Funktionen des Schiedsgerichts beendet sind, so kann die Festsetzung der Kosten nur durch ein staatliches Gericht und zwar durch das zum Erlasse des Vollstreckungsurtheils berufene Gericht erfolgen. OLG. 3 437 (Posen).

5. Das OLG. Hamburg führt in HansGerZ. **03** Beibl. 4 aus: Ist der Kostenfestsetzungsbeschluß rechtskräftig, so kann eine in demselben festgesetzte Gebühr (vorbehaltlich der Bestimmung des § 107 CPO.) nicht mehr erhöht werden; nur die nachträgliche Liquidation einer in dem Beschlusse nicht berücksichtigten Gebühr ist zulässig (vgl. OLG. 5 469).

6. Werden in einen Prozeßvergleich weitere nicht den Streitgegenstand betreffende Ansprüche hineingezogen, so kann der danach berechnete Mehrbetrag der Vergleichsgebühr nicht im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden (OLG. Braunschw., R. **02** 590).

Ebenso hat das OLG. Marienwerder ausgesprochen (OLG. 6 388), daß, wenn ein Vergleich weitere als die im Prozesse geltend gemachten Ansprüche umfaßt, die dadurch erwachsenen Kosten nicht festgesetzt werden können.

7. Hat ein Anwalt den Hauptprozeß ohne Nachweis einer Vollmacht geführt, so bedarf es auch keiner Vollmachtsvorlegung für das Kostenfestsetzungsverfahren (KG., KGBl. **13** 80).

8. Ist im Festsetzungsverfahren ein Posten als nicht belegt gestrichen worden, so bedarf es, um ihn im Beschwerdeverfahren berücksichtigen zu können, keiner besonderen Nachtragsliquidation (OLG. Darmst. HessRspr. 3 60).

9. Der Gegner hat einen Anspruch darauf, daß ihm die Beläge zwecks Einsichtnahme zugänglich gemacht werden, auch wenn sie sich in den Handakten des gegnerischen Anwalts befinden (OLG. 5 43 Breslau).

§ 105. 1. Meyer führt im „Recht" **02** 123 zu Abs. 2 aus, daß der Richter nach wie vor das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht hinsichtlich des ganzen Inhalts des Kostenfestsetzungsverfahrens habe und daß er von der Ausnahmevorschrift des Abs. 2 nur bei umfangreicheren und rechnerisch komplizirten Kostenrechnungen Gebrauch machen dürfe.

Abs. 4. 2. Wird ein Kostenfestsetzungsbeschluß auf Beschwerde von dem Gerichte, das ihn erlassen hat, abgeändert, so sind die Kosten der Beschwerde alsbald mit festzusetzen. Wird dagegen die Abänderung erst vom Beschwerdegerichte vorgenommen, so ist die Festsetzung der Beschwerdekosten gesondert beim Gericht erster Instanz zu betreiben, OLG. 5 171 (Kiel).

§ 106. 1. Böhner, Das Kostenfestsetzungsverfahren bei quotativer Kostenvertheilung (Busch's Z. **30** 73).

In dem Falle des § 106 hat die Partei, die die Initiative ergreift, ein Gesuch auf Festsetzung eines bestimmten Betrags einzureichen. Diesen Betrag hat die Partei selbst zu berechnen. Ein allgemein gehaltener Antrag auf Kostenfestsetzung ist unzulässig. Es liegt daher auch im Falle des § 106 nur ein Kostenfestsetzungsgesuch vor.

2. Mit Recht pflegen die Gerichte im Falle quotenweiser Vertheilung der Prozeßkosten, wenn beide Theile ihre Rechnung einreichen, zwischen ihnen aufzurechnen und den für die eine Partei sich ergebenden Ueberschuß als Gegenstand vollstreckbaren Anspruchs hinzustellen. Francke, Seuff. Bl. **00** 465.

3. Bei Vertheilung der Kosten nach Quoten bildet den Streitwerth für das Kostenfestsetzungsverfahren nicht der gesammte der Partei erwachsene Prozeßkostenbetrag, sondern vielmehr der — ohne Abzug der etwa durch den Kostenfest=

setzungsbeschluß abzusetzenden Beträge zu berechnende — Betrag des vom Antragsteller geforderten Kostenersatzes, wie das OLG. Colmar Elf. Lothr. 33. 27 5 ausgeführt hat.

§ 107. Wird gegen einen bereits rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschluß noch Beschwerde eingelegt, so hat das Gericht, wenn nachträglich der Streitwerth abweichend vom Kostenfestsetzungsbeschlusse festgesetzt ist, die an sich unzulässige Beschwerde als Antrag gemäß § 107 zu behandeln. OLG. 3 214 (Bamberg).

2. Der Rechtsanwalt, welcher nicht Armenanwalt ist, hat kein eigenes Beschwerderecht wegen zu niedriger Festsetzung des Streitwerths (OLG. 5 469 — Bamberg).

Sechster Titel.

Sicherheitsleistung.

§ 108. 1. Wenn auch § 108 nur den § 234 BGB. hier anwendbar erklärt, so ist trotzdem das durch Bestellung einer prozessualen Sicherheit begründete Rechtsverhältniß nach den Vorschriften des BGB. zu beurtheilen. Folglich erstreckt sich das von dem Berechtigten nach § 233 erworbene Pfandrecht an den hinterlegten Werthpapieren nach § 1289 auch auf die Zinsen. Der Uebergabe der Zinsscheine an die Hinterlegungsstelle ist die nämliche Wirkung beizumessen wie der hier undurchführbaren Uebergabe an den Pfandgläubiger (§ 1296 BGB.). Mithin erstreckt sich das Pfandrecht des Gesicherten auch auf die hinterlegten Zinsscheine. — Nach § 1296 Satz 2 kann der Verpfänder mangels einer abweichenden Uebereinkunft die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 (Fälligkeit der gesicherten Forderung) fällig werden. Darüber, ob ein solches Verlangen gerechtfertigt ist, kann nicht im Beschlußverfahren des § 109 entschieden werden. OLG. 4 371 (Posen).

2. Wird die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft zugelassen, so wird die Bürgschaftsleistung erklärt gegenüber dem Gerichte, nicht gegenüber der Partei. OLG. Hamb., HansGerZ. 02 Beibl. 180.

3. Die Art der zu leistenden Sicherheit ist im Urtheil nur dann anzugeben, wenn das Gericht eine andere Sicherheit, als die Hinterlegung von Geld oder den im § 234 BGB. angegebenen Werthpapieren zuläßt. Marwitz, Urtheil S. 119.

§ 109. 1. Das in CPO. § 109 Abs. 1 bis 3 geordnete Verfahren hat zur Voraussetzung, daß der Prozeßgegner bisher nicht in die Rückgabe der Sicherheit gewilligt hat. OLG. 1 90 (Stettin).

2. Daraus, daß nach dem Reichsgerichte die Nothfrist zur Einlegung einer sofortigen Beschwerde gegen einen nicht verkündeten Beschluß nicht vor der von Amtswegen beschafften Zustellung zu laufen beginnt, kann nicht gefolgert werden, daß auch die Fristbestimmung, die § 109 Abs. 1 anordnet, nur wirksam werde, wenn sie von Amtswegen der Partei bekannt gegeben ist. Vielmehr genügt die Kenntniß, die die Partei durch Zustellung eines gehörig beglaubigten Gerichtsbeschlusses von Seiten des gegnerischen Anwalts erlangt. OLG. 2 151 (Hamburg).

3. § 109 ist auf Fälle zu beziehen, wo die Arrestpfändung erfolglos geblieben ist und der Arrestbefehl in Folge der Nichtbeobachtung der Frist des § 929 seine Wirkung verloren hat. OLG. 2 151 (Hamburg).

4. Das Verfahren des § 109 setzt nicht voraus, daß das gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar gewordene Urtheil rechtskräftig geworden ist. Die Begründung der Novelle spricht allgemein vom Wegfalle der Veranlassung einer prozessualen Sicherheit, ohne einen Unterschied zwischen noch schwebenden und rechtskräftig entschiedenen Prozessen zu machen. OLG. 3 216 (KG.).

5. Unter „Veranlassung zur Sicherheitsleistung" kann nur die Möglichkeit, die Gefahr, daß durch die prozessuale Maßregel dem Betroffenen ein widerrechtlicher Nachtheil entstehe, verstanden werden. Daraus ergiebt sich, daß die Veranlassung zur Sicherheitsleistung auch nicht schon durch die Beseitigung oder Wiederaufhebung der fraglichen Prozeßmaßregel, die einen Schaden vielleicht längst verursacht hat, oder in ihren Nachwirkungen noch verursachen kann, weggefallen ist, sondern nur dann, wenn diese Möglichkeit eines Schadens ihre Erledigung gefunden hat. **RG. 50** 377. JW. **02** 125.

6. Der § 109 CPO. giebt keine Erläuterung des Ausdrucks „Veranlassung" und auch aus der Begründung der Civilprozeßnovelle zu § 101a läßt sich dafür nichts entnehmen. Wenn jedoch berücksichtigt wird, daß in den §§ 108, 109 CPO. allgemeine Vorschriften für alle diejenigen Fälle gegeben sind, in denen die CPO. eine Sicherheitsleistung gebietet oder dem Ermessen des Richters anheimstellt, so ist die Annahme geboten, daß man unter „Veranlassung" eine zusammenfassende Bezeichnung für alle diese Fälle zu verstehen hat; sie ist die — für jeden dieser Fälle vom Gesetze verschieden normirte — äußere Voraussetzung, unter der allein die Sicherheitsleistung entweder angeordnet werden muß (z. B. § 110 CPO.) oder nach freiem Ermessen des Gerichts angeordnet werden kann. Folgerichtig fällt die „Veranlassung" fort, sobald die äußeren vom Gesetze normirten Voraussetzungen für die Möglichkeit ihrer Anordnung nicht mehr vorliegen, insbesondere dann, wenn der Arrestbefehl durch die rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners erledigt ist. OLG. **1** 294 (KG.).

7. Hat ein Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem im Wechselprozeß ergangenen Vorbehaltsurtheile, das für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, nach § 713 Abs. 2 Sicherheit geleistet, so ist die Veranlassung für diese Sicherheitsleistung im Sinne des § 109 weggefallen, wenn im Nachverfahren ein Urtheil verkündet worden ist, welches das Vorbehaltsurtheil aufhebt. **RG.**, R. **02** 152.

8. Die „Veranlassung der Hinterlegung" gilt als weggefallen, wenn der Kläger, welcher ein gegen Sicherheit vorläufig vollstreckbares Urtheil gegen den Beklagten auf Zahlung einer Geldsumme erwirkt hatte, durch seinen Anwalt erklärt, er verzichte auf die Vollstreckung vor der Rechtskraft. Die Möglichkeit, daß aus einer etwa bereits (auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils und der geleisteten Sicherheit) bewirkten Vollstreckung dem Beklagten (Schuldner) eine Schadensersatzforderung aus § 717 Abs. 2 CPO. zustehe, schließt die Einleitung des Aufforderungsverfahrens nach § 109 nicht aus; vielmehr bezweckt dieses Verfahren gerade die Geltendmachung derartiger Schadensansprüche. OLG. Karlsr., R. **02** 511.

9. Die Vorschrift greift auch dann Platz, wenn der Beschluß, durch den die Sicherheitsleistung angeordnet worden ist, aufgehoben worden ist. **RG.** JW. **02** 419.

10. Wird dem im Abs. 1 vorgesehenen Antrag in zweiter Instanz stattgegeben, so ist die weitere Beschwerde unzulässig. Es fehlt an jedem inneren Grunde und an jedem Anhalte im positiven Gesetze für die Zulassung des Beschwerderechts, wenn es sich um eine in zweiter Instanz ergangene Entscheidung gleichen Inhalts handelt. **RG. 51** 144; JW. **02** 270.

11. Die Beschwerden aus § 109 Abs. 4 unterliegen dem Anwaltszwange. Legt ein bei einem Oberlandesgerichte nicht zugelassener Anwalt eine solche Beschwerde bei diesem Gericht ein, so liegt darin ein grobes Verschulden im Sinne des § 102 CPO. **RG.** JW. **00** 714.

§ 110. 1. Ueber die Beweislast bei Anwendung des § 110 äußert sich Schanz, R. **02** 174:

Nach übereinstimmender Ansicht in Theorie und Praxis obliegt der Beweis der Ausländereigenschaft dem Beklagten. In dieser allgemeinen Fassung ist der Satz jedoch unzutreffend. Der Kläger kann sich zwar zumeist mit einem bloßen Bestreiten begnügen, es giebt aber auch Fälle, in denen sein Eingreifen in die Beweisführung als nöthig erscheint, will er nicht dem Beklagten zu einem Obsiegen verhelfen. Eines solchen aktiven Vorgehens des Klägers bedarf es insbesondere dann, wenn die Einrede der mangelnden Prozeßkostenkaution auf den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit gestützt wird. Der Beklagte hat hier darzulegen, daß in der Person des Klägers alle jene Thatumstände eingetreten sind, die einen Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit bedingen (z. B. zehnjähriger ununterbrochener Aufenthalt im Auslande). Dagegen kann dem Beklagten nicht auch zugemuthet werden, das Nichtvorhandensein von Momenten darzuthun, die ausnahmsweise eine Erhaltung der Staatsangehörigkeit zur Folge haben, wie z. B. den Eintrag in die Bundesmatrikel. Das ist vielmehr als Replik vom Kläger zu behaupten und zu beweisen. Wollte man dem Beklagten die gesammte Beweisführung in positiver wie negativer Hinsicht aufbürden, so würde man ihm den Beweis in hohem Maße erschweren, ja in vielen Fällen geradezu unmöglich machen.

2. Ein Niederländer hat keine Sicherheit zu leisten. OLG. **4** 389 (Köln).

3. Die im § 110 Abs. 2 Nr. 1 CPO. vorgesehene Befreiung der Ausländer von der Verpflichtung, Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten, tritt auch dann nicht ein, wenn nach den Gesetzen des Staates, dem der Kläger angehört, in Bezug auf die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten zwar ein Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden nicht gemacht wird, gleichwohl aber ein Deutscher, wenn er den Ausländer in dessen Heimathsstaate mit einem gleichen Prozesse belangte, nach jenen Gesetzen zu einer Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten verpflichtet sein würde. **RG. 51** 1 (Plen.); DJZ. **02** 359.

4. In England ist die Gegenseitigkeit jedenfalls insoweit verbürgt, als es sich um im Inlande sich aufhaltende Ausländer handelt. OLG. **2** 489 (Hamb.).

§ 112. In DJZ. **02**, 338 erörtert Fitting die Frage, ob der Beklagte ein Rechtsmittel gegen zu niedrige gerichtliche Festsetzung der Sicherheit für die Prozeßkosten habe. Nach der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Ansicht, der sich auch das **RG.** (JW. **99** 337) angeschlossen hat, hätte er ein Rechtsmittel nur in der Weise, daß er nach §§ 512, 548 das Zwischenurtheil mit dem Endurtheil anfechten könnte. Vom praktischen Standpunkte ist dies ein höchst unbefriedigendes Ergebniß. Der Beklagte kann auf einem kleinen Umwege zu seinem Rechte gelangen.

Im Gegensatze zu der Entscheidung des **RG.** ist in der gerichtlichen Entscheidung über die Höhe der zu leistenden Sicherheit noch keine Entscheidung über die Einrede der mangelnden Kostensicherheit zu sehen. Ueber diese Einrede wird, ebenso wie über alle anderen prozeßhindernden Einreden, erst entschieden entweder durch das Endurtheil, wodurch wegen Nichtleistung der Sicherheit die Klage zufolge der Einrede für zurückgenommen erklärt, oder durch das Zwischenurtheil, wodurch die Einrede als nicht oder (wegen geleisteter Sicherheit) nicht mehr begründet verworfen wird. So lange weder das eine noch das andere dieser Urtheile ergangen ist, besteht die Einrede, wenn sie nicht nach Leistung der Sicherheit freiwillig zurückgenommen wird, unerledigt fort. Der Beklagte braucht mithin nur, falls seiner Meinung nach das Gericht die Höhe der Sicherheit zu niedrig bemessen hat, die Einrede einfach aufrecht zu halten, daß ihm immer noch die ihm nach § 112 gebührende Kostensicherheit mangele. Das Gericht wird dann die Einrede durch Zwischenurtheil verwerfen. Dagegen ist nach § 275 Abs. 2 eine selbständige Berufung statthaft.

§ 113. Die Anordnung über Frist und Höhe der zu leistenden Sicherheit hat in Form eines Zwischenurtheils zu erfolgen.

Der Beschluß reicht nur aus, wenn allein die Bestimmung der Frist zu treffen ist. **RG.** JW. 02 90. R. 02 49.

Siebenter Titel.

Armenrecht.

(Hierzu Schott, Das Armenrecht der deutschen CPO.)

§ 114. I. Das Verfahren über Bewilligung des Armenrechts gehört zu der streitigen Civilgerichtsbarkeit und nicht etwa zu der Justizverwaltung. Dagegen gehört die Armenrechtsbewilligung nicht zu dem Rechtsstreit im engeren Sinne; die Einreichung des Armenrechtsgesuchs bildet also nicht etwa schon den Prozeßbeginn und unterbricht deshalb auch nicht die Verjährung.

Die Zulässigkeit des Armenrechts erstreckt sich auf alle in der CPO. geregelte Materien, auf das Konkursverfahren (§ 72 KO.), die freiwillige Gerichtsbarkeit (§ 14 FG.) und die Privatklage des Strafprozesses (§ 419 StPO.). Landesgesetzlich sind noch weitere Ausdehnungen gegeben. Schott 45 ff.

Das Armenrecht ist streng von der Gebührenfreiheit, deren Regelung dem Landesrecht überlassen ist — Ausnahme § 98 GKG. — zu scheiden, es ist nur eine einstweilige Befreiung und umfaßt sowohl Gebühren als Auslagen des Gerichts, des Rechtsanwalts und des Gerichtsvollziehers. Es beruht stets auf Bewilligung und hängt von einer richterlichen Prüfung der Durchführbarkeit der Sache ab. Daher ist eine analoge Heranziehung der Bestimmungen der einen Befreiungsart zur Erklärung der anderen prinzipiell ausgeschlossen.

Das Armenrecht wird ausschließlich durch die CPO. geregelt; landesgesetzliche Einschränkungen und Erweiterungen für das Gebiet der ordentlichen streitigen Civilgerichtsbarkeit sind unstatthaft. Schott 46 ff.

Im Verhältnisse zum Gerichtskostengesetze bildet das Armenrecht eine Ausnahme. Deshalb hat das GKG. in allen Fragen, in denen es den Prinzipien des Armenrechts zuwiderläuft, vor den letzteren zurückzutreten. Schott 48.

Das Armenrecht steht jedem Deutschen zu; Ausländer haben nur bei verbürgter Gegenseitigkeit einen Anspruch darauf, dann aber auch in seinem ganzen Umfange. Die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten bei Ausländern (§ 115 CPO.) erfolgt durch Bewilligung des Armenrechts auch dann, wenn diese erst nach Ablauf der für die Sicherheitsleistung bestimmten Frist hinterlegt ist. Schott 49 ff.

Das Armenrecht kann nach der CPO. jede Partei, also physische wie juristische Personen, erlangen, obwohl die Motive auf dem Standpunkte zu stehen scheinen, daß es nur physischen Personen gewährt werden soll. Das **RG.** und die herrschende Meinung stimmen den Motiven bei. Schott 52 ff.

Das Armenrecht nützt nur der Partei, welcher es bewilligt wurde, nicht auch ihren Streitgenossen oder Rechtsnachfolgern im Prozesse. Letzteren kann es aber ebenso gewährt werden. Hat die Hauptpartei das Armenrecht, der Streitgenosse oder Nebenintervenient aber nicht, so ist die Frage der Kostenpflicht ganz getrennt zu behandeln. Schott 59 f.

Sämmtliche das Armenrecht betreffende Entscheidungen können ohne vorhergehende mündliche Verhandlung gefällt werden (vgl. § 126 CPO.). Schott 148.

Da die Armenpartei, falls sie nicht vorschußpflichtig werden will, zuerst das Gesuch um Armenrecht zu stellen hat, ist sie bei der Wahrung der Berufungs- und Revisionsfristen schlechter gestellt als eine andere. Der Versäumung von

Nothfristen soll deshalb in solchen Fällen durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgeholfen werden. Die hierüber vorhandene überaus reiche Judikatur hat die Grundsätze für die Wiedereinsetzung festgestellt. Schott 149 ff.

Die vom Gesetze verlangte Bedürftigkeit ist eine relative. Es wird bei ihr im weitesten Umfang auf die persönlichen augenblicklichen Verhältnisse des Gesuchstellers einerseits und andererseits auf die je nach der Größe des Objekts verschiedene Höhe der Kosten Rücksicht genommen. Ob die Partei ihr Unvermögen verschuldet hat oder nicht, ist ganz gleichgültig. Die Entscheidung über das Vorhandensein der Bedürftigkeit ist vollständig dem freien Ermessen des Richters überlassen.

Es kommt darauf an, ob die Partei die bereiten Mittel zur Zahlung der Prozeßkosten hat und ob eventuell eine dauernde Beeinträchtigung des Unterhalts eintreten würde; Verringerung des Grundvermögens genügt an sich noch nicht.

Der nothwendige Unterhalt im Sinne des § 114 CPO. ist ein Mittelding zwischen dem standesmäßigen des § 1610 BGB. und dem nothdürftigen im § 1611 BGB.

Unter „Familie“ sind alle Verwandte zu rechnen, zu deren Unterhalt das Haupt der Familie gesetzlich und moralisch verpflichtet ist, ferner aber auch fremde Personen, z. B. solche, die das Gnadenbrot erhalten.

Prozesse und Gerichtskosten gehören nach § 1610 Abs. 2 BGB., weil kein Lebensbedarf, nicht zum Unterhalte.

Bei der Frage, ob Bedürftigkeit vorliege, ist auf das Vorhandensein alimentationspflichtiger Angehöriger keine Rücksicht zu nehmen.

Das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten muß in dem beizubringenden obrigkeitlichen Zeugniß ausdrücklich bezeugt sein. Schott 75 ff.

Bei Parteien, die zwar im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung Prozeß führen, sind die Voraussetzungen der Bedürftigkeit nicht bei den Parteien selbst zu prüfen, sondern bei den hinter ihnen stehenden Vermögensmassen oder Personen, für deren Rechnung der Rechtsstreit geführt wird; ausnahmsweise ist dies nicht der Fall, wenn ein Wohlhabender fiduziarisch für einen Armen prozessiert, so z. B. der „gemeinsame Vertreter“ der Besitzer von Schuldverschreibungen u. s. w.

Bez. Ehegatten ist zu unterscheiden: Betrifft der Prozeß Gesammtgut, so ist die Bedürftigkeit beider Ehegatten zu prüfen; betrifft er Vorbehaltsgut, nur diejenige des prozessierenden Ehegatten. Bei eingebrachtem Gute sind je nachdem drei Fälle möglich: entweder muß die Bedürftigkeit beider Ehegatten oder nur die des Mannes oder nur die der Frau geprüft werden. Für die Ehescheidungsprozesse gilt nicht mehr, daß der Mann die Kosten auf Verlangen der Frau aus dem eingebrachten Gute, eventuell aus eigenen Mitteln vorzuschießen habe.

Der als gesetzlicher Vertreter seines Kindes auftretende Vater hat die eigene Bedürftigkeit nur bei Prozessen über das unfreie Kindesvermögen nachzuweisen; bei Prozessen um freies Kindesvermögen kommt seine Bedürftigkeit nicht in Frage. Schott 82 ff.

Juristische Personen sind bei der Prüfung ihrer Bedürftigkeit strenger als physische zu behandeln. Beim Mangel bereiter Mittel und Vorhandensein nur festgelegten Vermögens kann nicht prinzipiell vollständige Aufgabe des letzteren verlangt werden, aber man wird der juristischen Person eine weitgehende Einschränkung in der Produktion und anderen Ausgaben zumuthen dürfen. Für die jederzeit mögliche Anordnung der Nachzahlung kommt es auf das Vorhandensein von Vermögen überhaupt an.

Bei Stiftungen insbesondere ist zunächst die Zweckerfüllung zu berücksichtigen; würde sie durch die Bestreitung der Kosten nur vorübergehend beeinträchtigt, so ist das Armenrecht zu versagen. Schott 87 ff.

Wenn von der bisherigen Praxis ferner der Konkursmasse das Armenrecht versagt wird, so führt dies zu unhaltbaren Ergebnissen; ebenso bei der Erbschaftsmasse, für deren Rechnung der Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter die Prozesse im eigenen Namen führt, dem Testamentsvollstrecker, bei dessen Prozessen es nur auf das Vermögen der Erbschaft ankommt, weil er ja nach § 2203 BGB. lediglich den Willen des Erblassers auszuführen hat. Nicht anders ist es bei den Pflegschaften über ein Grundstück oder ein Sammelvermögen und Deszendenzpflegschaften (vgl. hierzu RG. Gruchots Beitr. 38 1115).

Die offene Handelsgesellschaft muß ihre Bedürftigkeit nachweisen, bei Klagen der Kommanditgesellschaft nur der persönlich haftende Gesellschafter die seinige.

Der nicht rechtsfähige Verein ist im Umfange seiner passiven Parteifähigkeit den juristischen Personen gleichzustellen. Schott 91 ff.

Die Aussichtslosigkeit des Rechtsstreits, deren Vorprüfung nur im Falle des § 119 CPO. ausgeschlossen ist, hindert die Bewilligung des Armenrechts. Diese Aussichtslosigkeit ist nicht bloß negatives Erforderniß.

Die richterliche Vorprüfung hat sich nur mit der Frage zu befassen, ob die Sache rechtlich aussichtslos sei; thatsächliche Aussichtslosigkeit kommt nicht in Betracht, letztere ausnahmsweise, wenn das Armenrecht nachgesucht wird, um den Schuldner in Vollstreckungshaft zu bringen und von dem gesetzlichen Vorschuß dieser Kosten befreit zu werden.

Die Aussichtslosigkeit muß ferner eine vollständige und offenbare sein, m. a. W. die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung muß materiell und nicht bloß formell eine Aussicht auf Erfolg bieten.

Eine im Gesetze nicht ausgedrückte, aber aus der Natur der Sache folgende Besonderheit ist es, daß in Eheprozessen dem Beklagten immer das Armenrecht zu bewilligen ist, denn ohne Prozeß und Urtheil kann er der Klage nicht genügen.

Ist bereits ein Urtheil zu Ungunsten einer Partei ergangen, so kann letzterer prinzipiell das Armenrecht nicht mehr bewilligt werden.

Der vom Reichsgericht ausgesprochene Ansicht, daß das Armenrecht für die Berufung gegen ein Läuterungsurtheil nicht zu bewilligen sei, ist nicht rückhaltlos beizustimmen.

Aussichtslosigkeit liegt auch vor, wenn das Gesuch bei einem unzuständigen Gericht angebracht ist, es sei denn mit Einverständniß des Gegners. Schott 90 ff.

II. 1. Nur physische Personen haben einen Anspruch auf Armenrecht. Nicht also eine offene Handelsgesellschaft. RG. JW. 02 250, Seuff. A. 57 297.

2. Einem Nachlaßpfleger kann in Ansehung des Nachlasses das Armenrecht bewilligt werden.

Der nach den Vorschriften der §§ 114, 118 zu erbringende Nachweis eines Mangels an Mitteln, die Prozeßkosten ohne Beeinträchtigung des für den Nachsuchenden und seine Familie nothwendigen Unterhalts zu bestreiten, kann in dem Falle, wo die Erben noch unbekannt sind, allerdings nicht buchstäblich und völlig so, wie im Gesetze bestimmt ist, erbracht werden. Das ist aber auch nicht zu verlangen. Es genügt in solchem Falle der Nachweis, daß der Nachlaß, dessen Mittel allein dem Nachlaßpfleger zur Bestreitung von Prozeßkosten zu Gebote stehen würden, arm ist, ein reines Nachlaßvermögen (außer dem streitigen Anspruch) überhaupt nicht vorhanden ist. Wollte man den Erben hier das

Armenrecht versagen, so wäre dem sie vertretenden Nachlaßpfleger die Rechtsverfolgung schlechthin unmöglich gemacht, was nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann. **RG. 50** 394. Vgl. auch BayrObLG. R. **02** 212.

3. Ebenso wie der Ehemann seiner Ehefrau im Scheidungsprozesse hat auch der Vater, der die Ehelichkeit anficht, dem Kinde die Kosten vorzuschießen (BGB. §§ 1654, 1660). Daher hat das vermögenslose Kind keinen Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts. OLG. **5** 472 (Breslau).

4. Die Gegenseitigkeit besteht in England jedenfalls insoweit, als der Fall in Betracht kommt, daß ein im Inlande wohnender Engländer das Armenrecht nachsucht. Seuff. A **57** 33 (Hamb.).

§ 115. I. Die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten bei Ausländern erfolgt durch die Bewilligung des Armenrechts auch dann, wenn diese erst nach Ablauf der für die Sicherheitsleistung bestimmten Frist hinterlegt ist. Schott a. a. O. S. 51.

Nr. 1. Eine theilweise Bewilligung des Armenrechts giebt es nicht; zu scheiden hiervon ist der Fall der Geltendmachung mehrerer Ansprüche, was auch für Abwehr der Klage und Erhebung der Widerklage gilt.

Die Befreiung darf nicht bloß auf einen Theil des Verfahrens beschränkt werden; sie erstreckt sich nicht auf bereits bezahlte Kosten, die Bewilligung hat also keine rückwirkende Kraft. Schott a. a. O. S. 98 ff.

Gerichtsgebühren zerfallen in eigentliche Gerichtsgebühren und Gebührenvorschüsse. Der Vorschuß ist nichts Anderes, als eine Gebühr, die im Voraus erhoben wird und für welche die Kasse noch einen zweiten Schuldner findet, wenn die Kosten durch das Urtheil einem Anderen als dem Vorschußzahlenden auferlegt werden. Die Gerichtskasse darf keinen Vorschuß verlangen, sobald einmal der Antrag auf Bewilligung des Armenrechts gestellt ist. Im Falle der Verweigerung des Armenrechts und der Einlegung der Beschwerde hiergegen kann ebensowenig der Vorschuß deshalb beigetrieben werden, weil die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat.

Die Befreiung von der Berichtigung der Auslagen des Gerichts schließt nicht das Recht auf Erstattung eigener Auslagen in sich; zu ersteren gehören die Beweisaufnahmekosten, Reisekosten*) der Gerichtsbeamten, Zustellungskosten, Schreibgebühren u. s. w., insbesondere sämmtliche Kosten der Zwangsvollstreckung, die Kosten der eventuellen Haft nicht ausgenommen, denn § 115 CPO. ist auch eine Ausnahme von § 911 CPO.

Die Befreiung der Partei von der Stempelsteuer bewirkt auch die Befreiung des Anwalts von derselben. Schott a. a. O. S. 101 ff.

Nr. 3. Es kann nur ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Anwalt beigeordnet werden, der auch der Vollmacht bedarf, denn er ist kein vom Staate bestellter Vertreter; die Vertheidigung im Strafprozeß ist damit nicht analog vergleichbar. Die Vollmacht des Armenanwalts endet entgegen der Ansicht des Kammergerichts nicht mit dem Tode der Partei oder der Entziehung des Armenrechts. Die Beiordnung bezieht sich nur auf die Armensache und wirkt nicht über diese hinaus. Durch Vollmachtsverweigerung oder -entziehung erlangt die Partei nicht ohne Weiteres das Recht auf Beiordnung eines anderen Anwalts. Aus der selbständigen Vollmachtsertheilung seitens einer Partei kann das Gericht folgern, daß letztere nicht unvermögend sei.

Unrichtig ist die herrschende Ansicht, nach welcher eine Partei auf die Vergünstigung der unentgeltlichen Beiordnung eines Anwalts verzichten kann, da die Vortheile des Armenrechts nur als untheilbares Ganze verliehen

*) Vgl. auch OLG. Dresden, Annalen 22 376.

werden können. Erscheint in dem Verfahren vor dem Amtsgericht eine Armenpartei, der auf Grund des § 34 RAO. kein Anwalt beigeordnet ist, so ist ihr das Armenrecht zu entziehen, weil dies Auftreten dem Unvermögen widerspricht, anders wenn ein Anwalt freiwillig die unentgeltliche Vertretung übernimmt.

Dem Anwalte steht nach der Rechtsprechung die Beschwerde gegen seine Auswahl zu, d. h. wenn in seiner Person Gründe für die Nichtbeiordnung liegen. Dieselben können auch erst während des Verfahrens eintreten. Dagegen hat der Anwalt kein Recht der Beschwerde hinsichtlich der Frage, ob überhaupt ein Anwalt beizuordnen war, insbes. kann er nicht ablehnen, weil er die Sache für aussichtslos oder sonst unvertretbar hält, welche Ansicht fast ausschließlich von Anwälten und auch vom Ehrengerichtshofe vertreten wird.

Auf die Gebühren und Auslagen des Anwalts kommen die für die Gerichtskasse geltenden Grundsätze analog zur Anwendung. Mit der Beiordnung verliert der Anwalt jedes Recht, für seine Thätigkeit etwas zu fordern; solange das Armenrecht dauert, darf der Anwalt auch in keiner Weise versuchen, sich Befriedigung oder Sicherheit zu verschaffen, insbesondere nicht mahnen. Die Ansicht des Ehrengerichtshofs, daß der Anwalt auch vor der im § 125 CPO. erwähnten Anordnung der Nachzahlung schon den Ersatz seiner Auslagen und Gebühren verlangen könne, ist unrichtig; bis zur Anordnung kann er auch nicht im Wege der Klage die Nachzahlung fordern; er kann nur den Antrag auf Anordnung der Nachzahlung stellen und gegen die Ablehnung Beschwerde einlegen.

Unrichtig ist ferner die vom Ehrengerichtshofe vertretene Meinung, daß der Anwalt das freiwillig als Vorschuß für Auslagen Gegebene annehmen dürfe.

Die Auslagen hat der Anwalt aus eigener Kasse zu bestreiten; ihm steht aber dem Gerichte gegenüber das Recht auf kostenfreie Fertigung aller der Abschriften zu, welche die Partei verlangen kann. Ein Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen gegen die Gerichtskasse steht dem Anwalte nicht zu. Schott a. a. O. S. 107 ff.

Die Stellung des Gerichtsvollziehers zur Partei ist der des Anwalts analog. Er hat seine Dienstverpflichtungen in demselben Umfange wie der Anwalt (Gebühren und Auslagen) vorläufig unentgeltlich zu leisten. Jedoch giebt ihm § 21 seiner Gebührenordnung das Recht, Ersatz der von ihm vorgeschossenen Auslagen von der Staatskasse zu verlangen. Schott a. a. O. S. 131.

II. 1. Nr. 1. Die arme Partei, die Geisteskrankheit gegen den vom Kläger geltend gemachten Vertrag vorschützt, kann nicht auf Grund ihres Armenrechts beanspruchen, daß die Anstaltskosten vorschußweise berichtigt werden. Anders sind die Kosten des Sachverständigen zur Vorbereitung seines Gutachtens zu behandeln. Seuff. A. 56 109 (**RG.**).

2. Nr. 3. Der Umstand, daß zwischen dem zum Armenanwalt Ernannten und der armen Partei ein Rechtsstreit anhängig ist, berechtigt den Anwalt nicht, die Beiordnung abzulehnen. OLG. 5 222 (Dresden).

§ 116. Der Wortlaut des Gesetzes steht der Ansicht Petersens, welcher zu den Justizbeamten auch Notare, die nicht zugleich Rechtsanwälte sind, Mitglieder der Staatsanwaltschaft, z. B. Amtsanwälte, und Gerichtsvollzieher, und zu den Rechtskundigen auch solche, die die zweite Prüfung bestanden haben, z. B. Assessoren, pensionirte Justizbeamte und bei dem Gerichte nicht zugelassene Anwälte rechnet, nicht entgegen. Aber diese Personen haben gegenüber dem Gerichte keine Verpflichtung zur Annahme der Beiordnung.

Auf den Beigeordneten kommen die vom Anwalte geltenden Grundsätze analog zur Anwendung. Die Beiordnung geschieht auf Antrag der armen Partei, der Gegner hat kein Recht zur Stellung des Antrags, obwohl er unter Umständen auch ein Interesse an der Beiordnung haben kann.

Die durch die Beiordnung erwachsenen baaren Auslagen werden von der Staatskasse bestritten und als Gerichtskosten in Ansatz gebracht (Abs. 2 des § 116). Schott a. a. O. 130 f.

§ 117. I. Auf die Rechte des Gegners wirkt das Armenrecht nicht ein, er ist im Falle der Verurtheilung der Armenpartei in die ihm — dem Gegner — erwachsenen Kosten an der zwangsweisen Beitreibung der Forderung nicht gehindert, denn das Armenrecht befreit nicht von den Kosten. Der Gegner kann aber nicht Erstattung derjenigen Kosten, von denen er nach § 120 CPO. befreit war, verlangen.

Folglich steht dem Gegner eventuell die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Kostenerstattung zu (vgl. § 274[6] CPO.).

Eine Ausnahme von dem im § 117 CPO. ausgesprochenen Prinzipe bildet § 115 Ziff. 2 CPO. Schott 133 f.

II. Soweit der Ehemann nach bürgerlichem Rechte zur Erstattung eines Kostenvorschusses an seine Ehefrau verpflichtet ist, ist er hierzu auch dann verpflichtet, wenn ihm für seine Person das Armenrecht bewilligt ist. OLG. 4 84 (KG.).

§ 118. I. Abs. 1. Ein Anwaltszwang besteht für Einreichung des Gesuchs nicht, nicht einmal am Reichsgericht. Wenn der Wille der Partei nur einigermaßen bestimmt zum Ausdrucke kommt, kann das Gesuch wegen irgend welcher äußerlicher Mängel oder Unklarheit nicht zurückgewiesen werden. Dagegen ist die Einreichung des Gesuchs bei einem unzuständigen Gericht, auch wenn Prorogation möglich ist, nicht zulässig, es sei denn, daß erst nachgewiesen wird, daß der Gegner mit der Prorogation einverstanden ist.

Das Armenrecht kann stets nur für den Prozeß nachgesucht werden.

Abs. 2. Der Inhalt des Zeugnisses ist ein doppelter: einmal muß es die statistischen Angaben über Vermögen, Familie und Steuer machen; dann aber muß es noch ein Gutachten der Behörde darüber enthalten, ob die Partei im Stande ist, Prozeßkosten zu bezahlen, und dieses Zeugniß muß negativ lauten. Letzteres ist ein Essentiale des gesammten Zeugnisses. Sein Werth ist aber ein äußerst geringer.

Von der Beibringung des Zeugnisses kann die Partei nicht entbunden werden. Wird seine Ausstellung von der obrigkeitlichen Behörde verweigert oder wird das bereits ausgestellte Attest wieder zurückgezogen, so ist eine der Voraussetzungen für das Armenrecht nicht gegeben. Das Gericht ist außer Stande zu prüfen, ob das Zeugniß zu Unrecht verweigert oder entzogen ist.

Nach Landesrecht bestimmt sich, welche Behörden zur Ausstellung der Zeugnisse befugt sind; die Vorschrift in S. 2 Abs. 2 dient zur Vermeidung unnützer Schreibereien und Kosten. Der Werth des Zeugnisses ist nicht der, daß das Gericht auf Grund desselben das Vorliegen einer Bedürftigkeit annehmen muß, es kann auch trotz des Zeugnisses das Armenrecht wegen Mangels der Bedürftigkeit verweigern, auch nöthige, weitere Erhebungen anstellen, denn die Bezeugung des Unvermögens ist nur eine aus den bezeugten Thatsachen über Stand, Gewerbe u. s. w. abgeleitete Folgerung. Für Folgerungen aber begründen öffentliche Urkunden keinen vollen Beweis, ihnen kann sich der Richter nach freiem Ermessen anschließen oder nicht.

Wenn das Gericht auch befugt ist, vom Beklagten die Beibringung von Beweisen seiner Bedürftigkeit zu fordern, so kann es doch einen Eid, den sog. Armeneid des älteren Rechtes, von ihm nicht verlangen.

Abs. 3. Die einfache rechtliche Umschreibung des Streitverhältnisses genügt nicht. Die Beweismittel müssen bei den einzelnen aufgestellten thatsächlichen Behauptungen angegeben sein. Bei Urkunden kann das Gericht Vorlegung

derselben oder Beibringung von Abschriften fordern; auch kann es zur Aufklärung eine mündliche Verhandlung anordnen und Zeugen vernehmen, obwohl hiervon besser Abstand zu nehmen ist. Es darf aber prinzipiell nicht die Glaubhaftmachung behaupteter Thatsachen durch Beibringung eidesstattlicher Versicherungen verlangen. Sonst könnte eine Voreingenommenheit für den späteren Prozeß herbeigeführt werden; da ferner das Gericht nur bei vollständiger Aussichtslosigkeit das Gesuch abweisen darf, ergiebt sich die bedauerliche Folge, daß der Gesuchsteller sein Gesuch nur formell mit der Angabe von ausreichenden Beweismitteln zu versehen braucht.

Ist das Streitverhältniß schon aus den Akten ersichtlich, so hat das Gericht den Inhalt der Akten seiner Prüfung zu Grunde zu legen; dies gilt auch für die Berufungsinstanz. Schott 141 ff.

II. Weil in DJZ. **02** 197 weist darauf hin, wie wenig die herrschende Praxis bei Bewilligung von Armenrechtsgesuchen dem Gegner der armen Partei gerecht wird. Das Gesuch wird fast stets ohne weitere Vorprüfung bewilligt, die Anordnung einer mündlichen Verhandlung gehört zu den größten Seltenheiten, auch ein Gehör des Gegners findet nicht statt. Als besonders nothwendig erweist sich eine Vorprüfung in Fällen, wo der Verdacht besteht, daß das Armenrecht erschlichen werden soll, um für einen Zahlungsfähigen einen kostenlosen Prozeß zu führen. Daher muß überall, wo im Armenrecht ein dem Antragsteller abgetretenes Recht geltend gemacht werden soll, zunächst festgestellt werden — nöthigenfalls durch eidliche Vernehmung des Cedenten —, ob nicht die Abtretung zum Zwecke bloßer Einklagung erfolgt ist. Ist dies der Fall, so muß das Armenrecht versagt werden.

III. 1. Gemäß § 118 Abs. 2 CPO. kann das Armenrecht nur einzelnen physischen Personen, nicht juristischen Personen oder Gesellschaften und auch nicht Konkurs- oder Nachlaßverwaltern als solchen ertheilt werden. **RG.** JW. **01** 248.

2. Es bedarf besonderer Gründe, wenn das Gericht im Widerspruche mit einem von der obrigkeitlichen Behörde der Partei zwecks Bescheinigung ihrer Unfähigkeit zur Bestreitung der Prozeßkosten ertheilten Zeugnisse das Unvermögen der Partei hierzu nicht für nachgewiesen ansehen will. **RG.** JW. **01** 326.

3. Eine Erstattung der für die Anfertigung des Armenrechtsgesuchs durch einen Rechtsanwalt entstandenen Gebühren findet nicht statt. OLG. **5** 471 (K.G.).

§ 119. I. Die Vorschrift des Abs. 2 S. 1 des § 119 CPO. ist deshalb gerechtfertigt, weil sich die Vermögensverhältnisse in der kurzen Zwischenzeit nur sehr selten geändert haben werden. Aus jener Bestimmung folgt aber nicht, daß das Gericht nicht ein neues Zeugniß erfordern könnte, falls es dies aus irgend einem Grunde nöthig findet; kann es doch jeder Zeit das Vorhandensein der Voraussetzungen des Armenrechts einer Nachprüfung unterziehen. Schott 147.

Die Bewilligung des Armenrechts kann erst erfolgen, wenn alle Voraussetzungen durch den Antragsteller erfüllt sind; eine Bewilligung unter Vorbehalt ist unstatthaft. Nur in den beiden Fällen des § 119 Abs. 2 beschränkt das Gesetz die Prüfung der Voraussetzungen.

Die Bewilligung ist Sache des Gerichts; dagegen sind die weiteren, zur Ausführung der Bewilligung nöthigen Handlungen Sache des Vorsitzenden. Letzterer hat sich daher über ev. Abhülfe von Beschwerden gegen seine Anordnungen schlüssig zu machen.

„Instanz" im Sinne des § 119 CPO. ist nicht im Sinne der CPO., sondern des Gerichtskostengesetzes auszulegen. Nur das in erster Instanz bewilligte Armenrecht gilt laut positiver Gesetzesbestimmung auch für die Zwangsvollstreckung; eine ausschließliche Zuständigkeit soll dadurch nach der Absicht des Gesetzes dem Gericht erster Instanz nicht gegeben werden. Die Zwangsvoll-

streckung bildet auch keinesfalls mit der ersten Instanz zusammen eine Instanz. Darum ist die Bewilligung des Armenrechts, falls die erste Instanz einmal beendigt ist, prinzipiell nicht bei dieser, sondern bei dem Vollstreckungsgerichte nachzusuchen; ebenso, wenn das Armenrecht erst in höherer Instanz bewilligt worden ist und daher für die Zwangsvollstreckung noch besonders nachgesucht werden muß. Schott 152 ff.

II. Nach Beendigung einer Instanz kann das Armenrecht für dieselbe nicht mehr bewilligt werden. Auch nach Beendigung des Rechtsstreits in höherer Instanz ist das Armenrecht für die Zwangsvollstreckung vom erstinstanzlichen Gericht auszusprechen. OLG. 2 349 (Rostock), DJZ. 02 179.

§ 120. Diese Bestimmung hat den Zweck, das Armenrecht für den Gegner möglichst unschädlich zu machen und zu verhüten, daß eine Armenpartei nur deshalb prozessirt, um dem Gegner Kosten zu verursachen. Da aber die Vergünstigung des § 120 auf Kosten des Anwalts und Gerichtsvollziehers nicht ausgedehnt ist, kann die wohlhabende Partei doch durch den Armenprozeß geschädigt werden.

Das Recht des § 120 steht nur dem in der jeweiligen Instanz Angegriffenen zu, er verliert es weder durch Erhebung der Widerklage bezüglich desselben Anspruchs noch durch die Anschlußberufung, die nach Ablauf der Nothfrist eingelegt wird. Umgekehrt erhält der Gegner das Recht nicht, wenn der arme Beklagte Widerklage erhebt oder Anschlußberufung einlegt mit Ausnahme wieder des Falles, daß die Anschlußberufung als selbständiges Rechtsmittel gilt und sich auf denselben Anspruch bezieht.

Der Gegner genießt diese Befreiungen in demselben Umfange wie die Partei, unterliegt aber auch denselben Beschränkungen, so daß er keinen Anspruch auf Rückzahlung bereits bezahlter Beträge, insbesondere nicht des Vorschusses hat. § 98 Abs. 4 GKG. ist nicht anwendbar, weil er von der Gebührenfreiheit handelt. Siegt der Gegner und wird die Armenpartei in die Kosten verurtheilt, so bleibt der Gegner für immer von den Kosten befreit und kann sie daher auch nicht von der Armenpartei erstattet verlangen.

Die Gesetzesabsicht, den Gegner der Armenpartei vor dem Schaden zu schützen, den er durch deren chikanöses Prozessiren erleiden könnte, kann nicht von den Zufällen abhängig gemacht werden, daß die Armenpartei stirbt oder daß sie zu Vermögen kommt. Schott 134 ff.

§ 121. Durch die Entziehung wird der Partei das Armenrecht nur für die Folgezeit genommen, sie hat aber keine rückwirkende Kraft. Die Verpflichtung, auch die gestundeten Beträge zu zahlen, tritt erst mit der Anordnung der Nachzahlung (§ 125 CPO.) ein.

Die Entziehung erfolgt von Amtswegen; sie muß erfolgen, wenn eine der Voraussetzungen des Armenrechts nicht mehr vorhanden ist, oder sich herausstellt, daß sie niemals vorhanden war. Schott 140.

Von der Entziehung gelten dieselben Grundsätze wie von der Bewilligung; sie kann in jedem Momente des Verfahrens, bis zum letzten Momente der Zwangsvollstreckung erfolgen. Sie allein wirkt aber nur für die Zukunft. Anträge der Staatskasse oder des Gegners auf Entziehung sind nur als Anzeige aufzufassen; gegen die Zurückweisung ist keine Beschwerde gegeben.

Hat sich im Falle des § 119 Abs. 2 S. 2 in der höheren Instanz die Aussichtslosigkeit der Sache ergeben, so kann deshalb trotz des Prinzips des § 121 CPO. das Armenrecht nicht entzogen werden. Schott 154 ff.

§ 122. Das Armenrecht ist ein höchstpersönliches Recht und geht daher nicht auf die Erben über. Schott 59 ff.

Mit dem Tode der Armenpartei erlischt nur das Armenrecht, d. h. das Recht auf weitere kostenlose Prozeßführung. Dagegen geht das einmal erworbene

Recht auf Stundung der schon fälligen Beträge nicht unter, mögen die Erben den Prozeß ihres Erblassers aufgenommen haben oder nicht.

Deshalb läßt sich das Armenrecht nicht im civilrechtlichen Sinne als ein höchstpersönliches Recht bezeichnen, nur prozeßrechtlich ist es höchstpersönlich. Die Erben sollen durch § 122 CPO. gezwungen sein, es von Neuem nachzusuchen, wenn sie den Prozeß weiter führen wollen. Schott 140 f.

§ 123. Siegt die Armenpartei und wird der Gegner in die Kosten verurtheilt, so werden diese Kosten demnach von ihm eingezogen, und zwar **alle** Gerichtskosten. Diese Pflicht des Gegners aus § 123 tritt erst mit der Rechtskraft des Urtheils ein.

Die Bestimmung, daß der befreite Gegner seine Kosten auch dann nachzuzahlen hat, „wenn der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist", hat den Zweck, Kollusion der Parteien zu verhüten. Im Falle eines Vergleichs kommt daher § 88 Abs. 1 GKG. zur Anwendung, und zwar auch dann, wenn jede Partei ihre Kosten übernimmt. Dagegen greift § 88 Abs. 2 GKG. nicht Platz; das Gerichtskostenrecht wird auch hier vom Armenrechte durchbrochen.

Der Gegner ist natürlich nicht gehindert, falls die Armenpartei alle Kosten übernommen hat, sich diejenigen, welche das Gericht von ihm erfordert, festsetzen zu lassen und sie von der Armenpartei beizutreiben.

Lassen die Parteien den Rechtsstreit liegen, so kommen „die besonderen Vorschriften" des § 94 GKG. zur Anwendung, wonach die Kosten nach Ablauf je eines Jahres nach Stellung des Antrags fällig werden. Falls die Partei gar nichts thut, gilt für das Gerichtskostenrecht der Rechtsstreit als ohne Urtheil erledigt. Schott 137 ff.

§ 124. I. Abs. 1. § 124 CPO. giebt dem Anwalte kein Recht, von dem Gegner Vorschuß zu verlangen. Nach dem Rechte des BGB. ist das dem Anwalt aus § 124 CPO. zustehende Recht, über dessen Konstruktion man sich bisher nicht einig war, auf „Uebertragung kraft Gesetzes" zurückzuführen (§ 412 BGB.); die darüber geltenden Bestimmungen der §§ 399—404 und 406—410 finden nur insoweit Anwendung, als die CPO. keine besonderen Regeln aufstellt. Die Uebertragung findet mit der Entstehung des Rechtes, d. i. der **Verkündung des Urtheils** statt; ein Urtheil muß jedenfalls vorhanden sein, einstweilige Verfügung oder Vergleich genügt nicht.

Der Erstattungsanspruch steht dem Anwalt auch zu, wenn beide Parteien das Armenrecht haben. Der Umfang des Ersatzanspruchs des Anwalts ist durch den Umfang des Anspruchs seiner Partei zur Zeit der Uebertragung begrenzt. Der Erlaß des Urtheils erst hindert die Partei, über ihren Anspruch zu verfügen, aber dies auch nur unter der Voraussetzung, daß es rechtskräftig wird. Die bisherige Judikatur widerspricht manchen der sich hieraus ergebenden Folgerungen. Der Anwalt hat sein Recht durch Erwirkung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses, nicht etwa durch besondere Klage geltend zu machen. Der Anspruch der Partei ist schon mit seiner Entstehung auf den Anwalt übergegangen. Letzterer haftet folglich auch als Antragsteller für die Kosten des Beschlusses und der Vollstreckung, er ist vorschußpflichtig.

Abs. 2. Von den Einwendungen des Gegners gegenüber seinem neuen Gläubiger, dem Anwalt, ist nur die Einrede der Aufrechnung von Kosten, die nach der in demselben Rechtsstreit über die Kosten erlassenen Entscheidung von der Armenpartei zu erstatten sind, zugelassen, also auch die der Zahlung, nicht aber Einreden aus dem Verhältnisse des Anwalts zur Armenpartei ausgeschlossen. Voraussetzung für die Uebertragung kraft Gesetzes ist, daß dem Anwalte noch ein Anspruch zusteht; dies ist aber nicht mehr der Fall, wenn er seine Gebühren, einerlei von wem, erhalten hat. Diese Einwendung ist nach § 766 CPO., die

der nach Erlaß des Urtheils erfolgten Zahlung nach § 767 CPO. geltend zu machen. Dem Anwalte haften die Gegner und die Armenpartei als Gesammtschuldner, §§ 423 u. 424 greifen also Platz. Schott 125 ff.

Dem Gerichtsvollzieher giebt § 21 seiner Gebührenordnung das Recht, Ersatz der von ihm vorgeschossenen Auslagen von der Staatskasse zu verlangen. Im Falle der Verurtheilung des Gegners ist jedoch diese Pflicht der Staatskasse nur eine subsidiäre. Zunächst hat der Gerichtsvollzieher sein Recht aus § 124 CPO. geltend zu machen.

Auch der Gerichtsvollzieher darf weder einen Vorschuß fordern (§ 18 der Geb.Ordn.), noch steht ihm eine Prüfung des Armenrechts zu. Dagegen ist ihm im § 124 CPO. das Recht zur selbständigen Beitreibung gegeben, und er kann dieses Recht zu jeder Zeit gleichzeitig mit oder vor der Vollstreckung für die Partei ausüben, sobald er ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urtheil in Händen hat. Nur bedarf es stets zweier verschiedener Pfändungsakte und -protokolle. Praktisch kann daher der Gerichtsvollzieher seine vor der Zwangsvollstreckung entstandenen Gebühren und Auslagen auch vor derselben befriedigen. Dagegen darf er Kosten der Zwangsvollstreckung erst nach einer solchen beitreiben.

Ueberläßt die Partei die Anfertigung der nach § 169 CPO. erforderlichen Abschriften dem Gerichtsvollzieher, so kann dieser Vorausbezahlung oder später Ersatz hierfür fordern. Im Anwaltsprozesse hat diese Kosten der Anwalt, im Parteiprozesse die Partei selbst zu tragen. Der Gerichtsvollzieher braucht seine Dienste dem Anwalte zur Beitreibung seiner Kosten aus § 124 CPO. nicht unentgeltlich zu leisten. Schott 131 ff.

II. Der Anwalt hat ein selbständiges Recht auf Kostenerstattung neben dem Rechte der Partei. Eine gesetzliche Uebertragung des Anspruchs auf den Anwalt tritt nicht ein. Der Anwalt ist daher berechtigt, namens der Partei die Kostenfestsetzung zu betreiben. OLG. 5 89 (Dresden). (Vgl. dagegen oben Schott.)

§ 125. Der Antrag auf Anordnung der Nachzahlung kann vom Armenanwalte gestellt werden, dem auch die Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags zusteht. Schott 123.

Die Anordnung der Nachzahlung ist von der Entziehung des Armenrechts zu unterscheiden; sie ergiebt sich nicht etwa ohne Weiteres als die Folge der Entziehung, sondern es bedarf des besonderen Ausspruchs, daß die Nachzahlung angeordnet werde. Im Gegensatze zur Entziehung ist die Anordnung der Nachzahlung nicht möglich, wenn sich die Sache als aussichtslos ergiebt, sondern nur, wenn der Partei genügendes Vermögen nachgewiesen wird.

Die Voraussetzungen der Anordnung entsprechen denen der Bewilligung. Jedoch reicht nicht der Umstand, daß die Partei durch das Urtheil einen Vermögenszuwachs erhalten hat, allein zur Anordnung der Nachzahlung aus, ebensowenig, wenn die Partei zu Ratenzahlungen im Stande ist. Da mit dem Tode das Recht auf weitere Stundung der bereits gestundeten Beträge nicht untergeht, bedarf es auch gegenüber den Erben einer besonderen Anordnung der Nachzahlung und einer besonderen Prüfung, ob diese im Stande sind, ohne Beeinträchtigung ihres Unterhalts die Kosten zu bezahlen.

Die Anordnung hat rückwirkende Kraft und macht alle vom Gerichte, dem Gerichtsvollzieher und vom Anwalte der Partei gestundeten Beträge fällig, einschließlich derjenigen, welche die Partei nach dem Urtheile zu tragen hat und von denen der Gegner einstweilen befreit ist.

Zum Erlasse der Nachzahlungsordnung, solange der Prozeß noch schwebt, ist diejenige Instanz befugt, welche gerade mit der Sache befaßt ist. Wer nach Beendigung des Prozesses befugt ist, ist bestritten; nach dem

Reichsgericht und den meisten Kommentaren ist das Gericht erster Instanz ausschließlich berechtigt, nach Gaupp das letzte Gericht, welches sich mit der Zulassung zu befassen hatte. Der Text des Gesetzes spricht für keine der beiden Ansichten. Richtig ist, daß stets dasjenige Gericht über die Nachzahlung zu entscheiden hat, welches zuerst das Armenrecht bewilligt hat, also wenn es in allen Instanzen bewilligt war, das erstinstanzliche Gericht, und wenn es erst in höherer Instanz bewilligt war, das betreffende höhere Gericht. Schott 156 ff.

§ 126. Die Entscheidung hat durch Beschluß zu erfolgen. Der Gegner braucht nicht gehört zu werden. Der Beschluß ist entweder in mündlicher Verhandlung zu verkünden oder dem Gegner zuzustellen, weil er nach § 120 CPO. auch für ihn wirkt. Dasselbe muß auch für den Beschluß über die Entziehung gelten. Schott 148.

§ 127. Ein Anwaltszwang besteht für die Beschwerde nicht. Anträge auf Entziehung des Armenrechts sind nur als Anzeigen aufzufassen, bei Verwerfung derselben ist keine Beschwerde gegeben, wohl aber bei Ablehnung des Antrags auf Anordnung der Nachzahlung, denn sie ist nicht vom Gesetz ausdrücklich wie die Beschwerde gegen die Bewilligung ausgeschlossen. Schott 148 f.

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung.

§ 128. Nur die für die Entscheidung erheblichen Merkmale der Dinge und Geschehnisse müssen mündlich vorgetragen werden, nicht auch die sonst zu ihrer Bezeichnung oder Beschreibung dienenden. W. Ch. Francke, R. **01** 583 f. A. A. Coith, SächsA. **11** 273 f.

Ueber die Frage, ob einem Beweisantrage stattzugeben sei oder nicht, kann nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung entschieden werden. OLG. Dresd. Annal. **23** 285.

§ 130. Der Antrag auf Zahlung einer Geldsumme muß den Betrag angeben. **RG.** JW. **02** 125.

§ 134. Die Niederlegung und Einsichtnahme der Urkunden nach § 134 ist keine unter Anwaltszwang stehende Prozeßhandlung. OLG. Darmst. HessRspr. **3** 50.

§ 137. Die Vorschriften über die Mündlichkeit sind verletzt, wenn die Parteien statt mündlichen Vortrags der seither im Prozeß ergangenen Urtheile mit Zustimmung des Gerichts vereinbaren, daß die Urtheile als vorgetragen gelten sollen. **RG.** JW. **01** 615.

§ 138. Das Bestreiten gegnerischer Behauptungen darf nicht allgemeinen Erfahrungssätzen widersprechen; bei Sachen, die erfahrungsgemäß einen Werth haben, muß der Beklagte der Werthangabe des Klägers gegenüber einen Minderwerth wenigstens dann angeben, wenn er diesen kennen muß oder sich diese Kenntniß, wie bei marktgängigen Waaren, leicht verschaffen kann. Marwitz, Urtheil S. 85.

§ 139. § 139 CPO. bildet die gesetzliche Grundlage für die Stellung des Richters im Civilprozesse. Der Paragraph beruft den Richter zur Mitarbeit bei der mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits und verpflichtet ihn, durch Fragen an die Parteien auf die Feststellung des Sachverhältnisses — namentlich auf die Bezeichnung der für die Feststellung nothwendigen Beweismittel — hinzuwirken.

Zweck der Bestimmung ist Eindämmung des Formalismus, um dem wirklichen Rechte zum Siege zu verhelfen.

Verletzung des § 139 ist Revisionsgrund. Claasen, Der prozessuale Formalismus in der Rechtsprechung, JW. 01 708.

§§ 139, 313, 314, 526. I. Coith, SächsA. 11 273 f. führt hierzu aus: 1. Die Vorträge der Parteien in der mündlichen Verhandlung sind dergestalt einzurichten, daß alle thatsächlichen Anführungen und alle Beweisthatsachen, welche von Einfluß auf die richterliche Entscheidung sind, den Richtern mündlich zum Angehör gebracht werden (abgesehen von Momenten, welche nur auf das Auge wirken können, z. B. Situationszeichnungen, Modellen, Landkarten 2c.). Es ist hierbei gleichgültig, ob die betreffenden Partien des Streitmaterials von der Art sind, daß sie sich schwer im Gedächtnisse behalten lassen (wie z. B. Zahlenreihen, längere Kontokurrente) oder sich in minutiöse Details spalten, deren Vorführung zeitraubend und für den Anhörer ermüdend ist, oder ob etwa die Parteien unter Bezugnahme auf beigebrachte Schriftstücke gebeten haben, ihnen den Vortrag zu ersparen und denselben als geschehen anzunehmen. Die Gebote der Logik zwingen das Gericht, auf die mündliche Vortragung auch derartigen Streitmaterials zu dringen (selbstverständlich soweit dieselbe nicht durch Zugeständniß der einschlagenden Thatsachen von Seiten des Gegentheils sich erledigt) und weder aus dem Wortlaute noch aus dem Geiste der Civilprozeßordnung läßt sich eine Befreiung der Gerichte von diesem Zwangsgebote der Logik ableiten; Coith, SächsA. 11 273 ff. („Ueber das wahre Wesen und die Schattenseiten des Mündlichkeitsprinzips in der Civilprozeßordnung") — vgl. besonders die analytische Entwickelung des Begriffs „vortragen" S. 283 ff.

2. Es ist durchaus ungesetzlich, wenn in dem Thatbestande des Urtheils, welcher doch eine wahrheitsgemäße Darstellung der mündlichen Verhandlung enthalten soll, Partien des Streitmaterials, die nicht zum mündlichen Vortrage gelangt sind, dennoch als vorgetragen aufgeführt werden. Will das Gericht bei der Wahrheit bleiben, so hat es vielmehr die Gründe, aus denen es das Unterbleiben der Vortragung für gerechtfertigt gehalten hat (z. B. weil das betreffende Streitmaterial sich nicht im Gedächtnisse der Richter würde haben behalten lassen) im Thatbestand anzugeben; nur auf diese Weise wird, falls ein Rechtsmittel eingewendet wird, dem Oberrichter die Füglichkeit geboten, die Legalität der stattgefundenen Verhandlung zu prüfen. Coith a. a. O. 290.

Coith verbindet mit vorstehenden Ausführungen die Darlegung, daß die Civilprozeßordnung in ihrer jetzigen Gestalt dem Richter Aufgaben stelle, welche sich in zahlreichen Fällen geradezu als unerfüllbar erweisen und daß dies Mißverhältniß zwischen den gesetzlichen Vorschriften und der thatsächlichen Möglichkeit ihrer Durchführung nach und nach zu Unregelmäßigkeiten führen müsse, durch welche der wohlverdiente Ruf der Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit, welcher dem deutschen Richterstande bisher eigen gewesen sei, geschmälert und die Rechtssicherheit überhaupt gefährdet werde. Er empfiehlt deshalb eine Revision der Civilprozeßordnung unter Aufstellung von Vorschlägen, welche eine Beschränkung des Mündlichkeitsprinzips bezwecken und sich im Wesentlichen an gewisse Bestimmungen der österreichischen Civilprozeßordnung vom Jahre 1895 anschließen.

Coith meint, daß auch unerwartet solchen reichsgesetzlichen Abänderungen, wenigstens der Gefahr einer Verschleierung des Prozeßverfahrens, schon dadurch würde erheblich vorgebeugt werden können, daß von den Landesregierungen mittelst geeigneter Verordnungen im Aufsichtswege (wozu ihnen das Befugniß nicht bestritten werden könnte) auf eine durchaus wahrheitsgemäße, jeden Zweifel über dasjenige, was wirklich vorgetragen worden sei, ausschließende Be-

urkundung der gepflogenen Verhandlung in den Thatbeständen der Urtheile gedrungen würde.)

Die Bestimmungen, welche dieser Paragraph (§ 126 a. F.) über das richterliche Fragerecht enthält, sind nur als eine dienstliche Instruktion für den Vorsitzenden des Gerichtshofs aufzufassen. Die entgegengesetzte Ansicht, welche zu der Folgerung führt, daß in dem Falle, wenn jenes Fragerecht vom Gerichtshofe nicht ausgeübt worden sei, die von dieser Unterlassung betroffene Partei berechtigt sei, das ergangene Urtheil mit dem Rechtsmittel der Revision anzugreifen, findet weder in dem Wortlaute jenes Paragraphen noch in den Motiven zu diesem, noch im Geiste der Civilprozeßordnung genügende Unterstützung und ist nachtheilig für eine der Absicht des Gesetzgebers entsprechende Entwickelung des deutschen Prozeßverfahrens, welche nur dann eine gesunde sein wird, wenn die Parteien resp. deren Stellvertreter sich ihrer Verpflichtung, die zur Begründung der geltend gemachten Ansprüche resp. Einreden erforderlichen Thatsachen selbst dem Richter vorzuführen, nicht für überhoben crachten können. Coith, Buschs Z. **27** 489 f.

II. Das Gericht darf zwar Thatsachen nicht berücksichtigen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind. Dagegen ist es an ihre rechtlichen Ausführungen nicht gebunden, hat vielmehr zu prüfen, ob die angeführten Thatsachen den gestellten Antrag aus irgend einem rechtlichen Gesichtspunkte rechtfertigen. Eine Verpflichtung des Gerichts, die Parteien auf die Möglichkeit einer anderen rechtlichen Auffassung aufmerksam zu machen, existirt nach den Vorschriften der CPO. nicht und ergiebt sich auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. **RG.** JW. **01** 838, SächsA. **12** 46.

III. Das Gericht ist verpflichtet, ehe es von einem abseits der Parteianträge liegenden wesentlichen Rechtsstandpunkt aus eine Entscheidung erläßt, diesen neuen Rechtsstandpunkt zur Kenntnißnahme, Würdigung und Erörterung der Parteien zu stellen. Dies gilt in erster Reihe für den Anwaltsprozeß, denn der Anwalt ist als nothwendiges Organ der Rechtspflege, nicht als bloßer Vertreter seiner Partei anzusehen. Die entgegenstehende Bemerkung in der vorstehenden **RG.** v. 4. 11. 01 will nur zum Ausdrucke bringen, daß eine Verletzung keinen Revisionsgrund bildet. Schiffer, Gericht und Anwalt im Civilprozeßverfahren, J.W. **02** 197 f.

Gegen Schiffer s. Gareis, Seuff. Bl. **67** 273 f.

Es ist bedenklich, eine über die §§ 137, 139 hinausgehende Regel aufzustellen. Schließlich entscheidet der Takt des Richters.

IV. 1. Das richterliche Fragerecht soll zur Vermeidung von Abweisungen „angebrachtermaßen" dienen. Mithin ist der Richter bei einem unrichtig gestellten Klagantrage zu seiner Ausübung verpflichtet. **RG.** JW. **01** 187.

2. Ausübung des Fragerechts ist geboten, wenn der Richter den Selbsthülfeverkauf als nicht am richtigen Orte vorgenommen ansieht, während der Käufer aus der Wahl des Ortes keinerlei Einwendungen entnommen hat. **RG.** JW. **01** 617.

3. Die Ausübung des richterlichen Fragerechts bezüglich etwaiger Beweismittel ist nur dann geboten, wenn die mündliche Verhandlung Anhaltspunkte dafür ergeben hat, daß eine Partei solche Beweismittel geltend machen kann oder will. Ist letzteres nicht der Fall, so liegt in der Nichtausübung des Fragerechts keine Verletzung des § 139. **RG.** JW. **01** 483.

4. Will der Richter auf vorgetragene Thatsachen eine Schlußfolgerung bezw. eine rechtliche Beurtheilung des Thatbestandes stützen, die selbst von der Partei, der sie günstig ist, nicht geltend gemacht ist, und unterläßt er es, der Gegenpartei Gelegenheit zur Aeußerung nach dieser Richtung hin zu geben, so verstößt er gegen § 139 und den Grundsatz des rechtlichen Gehörs. **RG.** JW. **01** 208.

5. Bei der Vertragsauslegung kommt Alles auf den Willen der **Parteien an. Das Gericht muß** den Parteien Gelegenheit geben, sich **über** die von **ihm beliebte Auslegung** zu äußern. **RG.** JW. 02 310.

6. Das **Gericht** hat dem Kläger gegebenen Falles die Stellung eines beschränkteren, dem eigentlichen Streitgegenstand entsprechenden Antrags anheimzugeben. **RG.** JW. 02 126.

7. Wenn die vom Kläger aufgestellte Berechnung des Schadensersatzes **nicht zutrifft**, so darf die Klage deswegen noch nicht abgewiesen werden, solange nicht **die** Nichtexistenz eines Schadens überhaupt festgestellt ist. Ergänzung der Angaben **gemäß** § 139. **RG. JW. 02** 126.

8. Wenn auch die thatsächlichen Angaben, die eine Partei bei einer persönlichen **Vernehmung macht**, im Anwaltsprozesse nicht die Bedeutung von **Parteibehauptungen haben**, sondern in dieser Beziehung nur das mündliche Vorbringen **des Anwalts** in **Betracht kommt**, so ist doch möglich, daß der **Anwalt** das **von seiner Partei** Behauptete sich zu eigen **macht**. Es ist dies gegebenen Falles vom **Gerichte durch** Befragung festzustellen. **RG.** JW. 02 529.

9. Hat Kläger seinen Schaden nicht im Einzelnen berechnet, so hat das **Gericht gemäß** §§ 139, 287 Existenz und Höhe des Schadens festzustellen. **RG. JW. 02** 125.

10. Das richterliche Fragerecht ist nicht gegeben, um den Beklagten zu **neuen** Einwendungen zu veranlassen. **RG.** JW. **02** 444.

11. Bei einem ganz allgemein lautenden Vorbringen — „Kläger **trete** sämmtliche Beweise an" — ist kein Anlaß zur Erfüllung der Fragepflicht. **RG. JW. 02** 543.

12. Keine Verpflichtung des Gerichts, im Anwaltsprozeß auf andere **Begründung des** erhobenen Anspruchs hinzuwirken. **RG.** JW. 02 164.

13. Ist in einem vorbereitenden Schriftsatz eine Einrede vorgebracht und **unter** Beweis gestellt, und geht aus dem Sitzungsprotokolle hervor, daß der **Inhalt des** Schriftsatzes im Wesentlichen vorgetragen wurde, so muß das **Gericht darüber** entscheiden. Sollte die Einrede in der mündlichen Verhandlung nicht **wiederholt** werden, so muß vom Fragerechte Gebrauch gemacht werden, stillschweigend darf sie nicht übergangen werden. R. **02** 212 Nr. 1025 (BayrObLG.).

14. **Unter** § 139 fällt nicht — und zwar jedenfalls nicht im Anwaltsprozesse — **die** Pflicht **des** Richters, die Partei darüber zu belehren, welche Anträge sie zur zweckentsprechenden Verfolgung ihrer Rechte der anderen Partei gegenüber zu **stellen hat**. **RG.** JW. 02 92.

15. Gegenüber der Vorschrift des § 622 Abs. 1 ist die Fragepflicht **in Ehesachen**, sofern es sich um die Aufrechterhaltung der Ehe handelt, eine besonders **schwerwiegende**. **RG.** JW. **00** 872.

§ 141. 1. Ueber Rücknahme einer vom Anwalt aufgestellten Behauptung **durch** die persönlich befragte Partei s. **RG.** SächsA. **10** 763.

2. Das Erscheinen einer Partei kann nur vor dem Gerichte, nicht vor **dem beauftragten** Richter angeordnet **werden**. Seuff. A. **55** 461 (Braunschw.).

§ 142. 1. Die Haftung des preußischen Staates für die im Prozeß **überreichten Urkunden** hängt, da nach preußischem Rechte der Staat für die Versehen seiner Beamten bei der Vornahme von Handlungen der Staatsgewalt nicht haftet (**RG. 28** 340), davon ab, ob durch die Hingabe und die Empfangnahme der Urkunden (seitens des Gerichtsschreibers) ein die Haftung des Staates begründendes privatrechtliches Verhalten entsteht. Dies ist der Fall **RG. 51** 219, JW. **02** 310.

2. Kommt eine Partei der Anordnung zur Vorlegung nicht nach, so stehen **dem** Gerichte keine Zwangsmaßregeln zu Gebote; es ist höchstens **befugt**, bei **Würdigung** des Beweises gemäß § 286 die Urkunde unberücksichtigt zu lassen.

Demnach ist auch die Nichtvorlegung niemals ein Grund zur Vertagung. Gegen die betreffende Partei kann daher niemals eine Strafgebühr aus § 48 GKG. verhängt werden. OLG. 3 438 (Marienwerder).

§ 143. (302.) Die §§ 145, 302 CPO. geben dem Gericht eine Befugniß zur getrennten Entscheidung, ohne es dazu zu verpflichten. **RG.** JW. **00** 439.

§ 145. I. 1. Unter „Anordnungen" im Sinne von §§ 145, 150 CPO. sind prozeßleitende Verfügungen gemeint, welche nach pflichtmäßigem richterlichem Ermessen aus Zweckmäßigkeitsgründen als prozeßleitende Akte des Gerichts, nicht des Vorsitzenden von Amtswegen zu erlassen sind. Ein Recht der Parteien auf Trennung oder gegen dieselbe besteht nicht. Für die Aufhebung der Trennungsverfügung, an welche das Gericht gemäß § 150 CPO. bis zur förmlichen Wiederaufhebung gebunden ist, gilt dasselbe wie für die Anordnung. Hübler, Die Trennungsbefugniß des Civilrichters 14 ff.

2. Die Anordnungen der §§ 145, 150 CPO. sind nach der herrschenden Meinung durch Beschluß zu erlassen, nicht durch Endurtheil (vgl. §§ 150, 318 CPO.), und zwar, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat, erst nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung, weil sonst der Richter über die Zweckmäßigkeit einer Trennung nicht urtheilen kann. Daß die mündliche Verhandlung die Trennung selbst zum Gegenstande hat, ist nicht erforderlich; der Trennungsbeschluß muß verkündet werden (vgl. § 329 Abs. 1 „auf Grund"); er kann auch außerhalb der mündlichen Verhandlung erfolgen. Anfechtbar ist er nur mit dem Endurtheile, nicht mit Beschwerde (vgl. § 567), was bei seiner Kausalität für den Umfang und Inhalt des Endurtheils, die insbesondere bei der Anordnung § 145 Abs. 3 deutlich zu Tage tritt, als zulässig zu erachten ist. Hübler 16 ff.

3. Voraussetzung der Trennungsanordnung ist zunächst Anhängigkeit der Klage oder Widerklage; die Anordnung kann aber weder vor Beginn noch nach Schluß der mündlichen Verhandlung ergehen, auch nicht wenn der abzutrennende Anspruch oder die Widerklage bereits entscheidungsreif ist — dann muß die Ausscheidung durch Theilurtheil bewirkt werden —, und nicht in der Revisionsinstanz, weil es über den zu trennenden Prozeßstoff noch einer Verhandlung im Sinne von Erörterung der thatsächlichen Grundlagen der Entscheidung bedarf. Auch im Urkunden- und Wechselprozeß ist die Anordnung getrennter Prozesse möglich. Hübler 21.

4. Der Trennungsbeschluß bewirkt nach der herrschenden Meinung Aufhebung der bisherigen Einheit des Rechtsstreits derart, daß die mehreren Ansprüche als von vornherein in selbständigen Prozessen anhängig gemacht gelten.

Von Bedeutung ist dies für die Berechnung der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren und insbesondere für die Revisibilität, da die Revisionssumme nach der Trennung für jeden Prozeß gesondert zu berechnen ist; auch wird die bisherige Streitgenossenschaft aufgehoben, so daß die Streitgenossen in den getrennten Prozessen als Zeugen vernommen werden können. Hübler 22 ff.

5. „Mehrere Ansprüche" im Sinne von § 145 bedeutet Mehrheit von Rechtsschutzansprüchen. Hübler 40 ff.

6. § 145 Abs. 1 trifft alle Fälle der Klaganhäufung, dies kann auch durch Klagerweiterung oder Klagänderung geschehen. Hübler 47 ff.

7. Ein Unterschied zwischen dem „Zusammenhange" des § 33 und dem „rechtlichen Zusammenhange" des § 145 Abs. 2 besteht nicht, nur der letztere kommt in Betracht. Erforderlich ist, daß die mehreren Ansprüche aus demselben Rechtsverhältniß oder Rechtsgeschäft entspringen, oder der innere Anspruch in einem Präjudizialverhältnisse zum anderen steht. Hübler 49 ff.

8. Eine analoge Anwendung der Trennungsbefugniß des Abs. 1 auf mehrere mit dem Klaganspruche konnexe Widerklaganspruche erscheint ausgeschlossen; zulässig ist aber die Trennung der Entscheidung durch Theilurtheil nach § 301. Hübler 53 ff.

9. Durch die neue Fassung der §§ 145 Abs. 3 und 302 sind die Streitfragen der §§ 136 Abs. 2, 274 a. F. im Sinne der Entscheidung der vereinigten Civilsenate des RG. vom 10. 4. 93 (Entsch. **31** 1 ff.) entschieden worden.

Daraus, daß die Aufrechnungserklärung im Prozesse keine Einrede im Sinne des BGB. ist und daß in Folge dessen die Novelle zur CPO. den Ausdruck „Einrede" der Aufrechnung vermeidet, sind für § 145 Abs. 3 Folgerungen nicht gezogen worden. Hübler 59 ff.

10. Trotz des zweifelhaften Wortlauts des § 145 Abs. 3 ist auch die Anwendbarkeit des Trennungsrechts für die Fälle, wo die eine der beiden aufgerechneten „Forderungen" kein Anspruch aus einem obligatorischen Schuldverhältniß ist, zu bejahen.

Die Trennungsanordnung des § 145 Abs. 3 ist nur möglich, wenn die Aufrechnung vom Beklagten oder Kläger als Widerbeklagten geltend gemacht wird; auch muß über beide Forderungen noch eine Verhandlung nothwendig sein. Im Urkunden- und Wechselprozeß ist jedoch die Anwendung des § 145 Abs. 3 ausgeschlossen, ebenso im Falle des § 279. Nach der herrschenden Meinung wird auch die Aufrechnung mit solchen Forderungen zugelassen, die bereits durch Klage oder Widerklage anhängig gemacht oder bereits in einem anderen Prozeß aufrechnungsweise geltend gemacht worden sind, insoweit nicht die anderwärts erklärte Aufrechnung einen Verzicht involviert. Hübler 84 ff.

Ueber die Trennungsanordnung nach § 145 Abs. 3 in der Berufungsinstanz s. zu § 529 Abs. 3.

11. Damit, daß das Nebenverfahren des § 145 Abs. 3, auf welches die Bestimmungen des § 302 Anwendung finden sollen, nicht als besonderer Prozeß angesehen werden kann, ist der prinzipielle Unterschied der Trennungsanordnung nach § 145 Abs. 3 von der nach Abs. 1 und 2 gegeben. Das Verfahren nach Erlaß des Vorbehaltsurtheils ist ein Nachverfahren nach Erledigung der Klagforderung für die Instanz, während die getrennte Verhandlung über die Aufrechnung gemäß § 145 Abs. 3 ein mit der schwebenden Verhandlung über die Klagforderung gleichzeitiges Nebenverfahren ist. Im letzteren Falle dürfen auch getrennte Termine über Klagforderung und Aufrechnung anberaumt werden; die Klagforderung bleibt aber nach wie vor der Streitgegenstand auch in dem Verfahren über die Aufrechnung. Der Trennungsbeschluß gemäß § 145 Abs. 3 ist also ohne Einfluß für ein Versäumnißurtheil. Hübler 93 ff.

12. Bei gleichzeitiger Geltendmachung von Widerklage und Aufrechnung hinsichtlich ein und derselben Gegenforderung kann es sich nur darum handeln, daß der Beklagte die Aufrechnung eventualiter geltend macht, die Widerklage jedoch pure erhebt. Auch in diesem Falle kann die Trennungsanordnung nach § 145 Abs. 3 zweckmäßig sein, sowohl wenn der Betrag der Widerklage dem der Klagforderung gleichkommt, als auch wenn die Widerklage auf den die Klagforderung übersteigenden Betrag erhoben ist. Hübler 104 ff.

II. Abs. 3. Gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung mit rechtshängigen Forderungen walten keine Bedenken ob. OLG. Dresd. Annal. **23** 546.

§ 146. Durch die Anordnung gemäß § 146 wird weder die Prozeßeinheit noch die Einheit der Verhandlung berührt; nur die Reihenfolge in der Verhandlung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel wird vorgeschrieben. Hübler a. a. O. S. 94.

§ 147. 1. Die Wiedervereinigung zweier in zweiter Instanz schwebender, in erster Instanz getrennter Prozesse kann nur nach § 147 erfolgen. Hübler a. a. O. S. 21.

2. Katz, Buschs Z. 28 63 führt aus, daß die Prozeßverbindung rein formeller Natur ist und keine materielle Wirkungen hervorruft. Er verneint die Einheit der verbundenen Prozesse, den Eintritt einer Streitgenossenschaft und daß der Erlaß eines Urtheils genügt.

3. Durch eine Anordnung nach § 147 kann nicht einer Person Parteieigenschaft hinsichtlich eines Streites erwachsen, für welchen ihr nach Maßgabe des durch zulässige prozessuale Schritte zum Ausdrucke gebrachten Willens der Gegenpartei und, nach Umständen, ihres eigenen Willens die genannte Eigenschaft nicht schon innewohnt. Dies würde über die Wirkungsgrenze der im § 147 CPO. vorgesehenen Verbindung hinausgehen. RG. JW. 02 604.

§ 148. I. Eine Aussetzung des Verfahrens über die Aufrechnung auf Grund von 148 ist für unzulässig zu erachten, da bezüglich der Aufrechnung ein „anderer Rechtsstreit" nicht vorliegt und das Gesetz eine Aussetzung nur aus in den §§ 148 ff. aufgezählten Gründen kennt. Hübler a. a. O. S. 103.

II. 1. Die Anwendung der Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde hat zur Voraussetzung, daß der auszusetzende Rechtsstreit der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unterliegt. Ist der Rechtsweg nicht zulässig, so ist die Klage aus diesem Grunde abzuweisen. RG. JW. 01 457.

2. Die bloße Möglichkeit, daß durch die Entscheidung eines Prozesses der andere in der Hauptsache gegenstandslos werde, begründet für letzteren keine Aussetzung nach § 148 CPO. RG. JW. 01 34.

3. Sie ist insbesondere dann nicht angemessen, wenn einmal die erwähnte Möglichkeit eine sehr entfernte ist, andererseits die Aussetzung einer Partei voraussichtlich schwere Nachtheile bringt. RG. JW. 00 49.

4. Ist auf die Klage hin verurtheilt, die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung des Beklagten zur getrennten Verhandlung verwiesen und gegen die Verurtheilung Berufung eingelegt, so ist eine Aussetzung des Verfahrens in der Berufungsinstanz bis zur Entscheidung über die vom Beklagten wegen der Gegenforderung nunmehr auch angestrengte Klage unzulässig. RG. JW. 01 158.

5. Die Aussetzungsbefugniß des § 148 hat den Zweck, widersprechende Entscheidungen über dasselbe Rechtsverhältniß zu vermeiden. Daß ein und dasselbe Rechtsverhältniß auch in einem anderen Verfahren den Streitgegenstand bildet, genügt nicht zur Rechtfertigung der Aussetzung. RG. JW. 01 120.

6. Die Aussetzung ist nur dann begründet, wenn für das aussetzende Gericht mit der Entscheidung des Rechtsstreits oder des Verwaltungsverfahrens, auf Grund deren die Aussetzung erfolgt ist, die Entscheidung für den Prozeß, soweit er ausgesetzt ist, sich ergeben muß. RG. JW. 01 536.

7. Ist auf Grund von § 148 eine Aussetzung des Verfahrens erfolgt, so darf doch auf eine darauf erfolgende Ladung die Anberaumung eines Verhandlungstermins nicht verweigert werden. Die Zurückweisung der Ladung würde dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens widersprechen, nachdem das Gericht erst auf Grund der mündlichen Verhandlung in die Prüfung der Frage, ob an dem Aussetzungsbeschlusse festzuhalten sei oder nicht, eintreten darf. OLG. 2 299 (Posen).

8. Der Umstand, daß der Prozeß durch die in einem anderen Prozesse zu treffende Entscheidung möglicher Weise gegenstandslos wird, rechtfertigt nicht die Aussetzung. Daher kann ein unter den Eltern schwebender Erziehungsstreit nicht ausgesetzt werden bis zur Entscheidung des beim Vormundschaftsgericht an=

hängigen Verfahrens über die Regelung der Erziehung. OLG. 2 298 (KG.). Vgl. auch **RG. DJZ. 02** 321 und OLG. 5 52 (KG.).

9. Die Aussetzung ist auch dann zulässig, wenn eine aufrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung in einem anderen Prozeß eingeklagt worden ist. Wenn es sich hier auch nicht um ein für den Rechtsstreit präjudizielles, sondern um ein identisches Rechtsverhältniß handelt, so ist doch die Ausdehnung des § 148 auf Fälle dieser Art um so mehr geboten, als hier die Vermeidung widersprechender Entscheidungen, denen die Aussetzung vorbeugen soll, im besonderen Maße wünschenswerth erscheint. OLG. Dresd. Annal. 23 545.

10. Die Aussetzung des Verfahrens darf nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, nicht auch aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen erfolgen. Daher ist nicht zulässig die Aussetzung des Verfahrens gegen einen in der Hauptsache verurtheilten Gesammtschuldner in Bezug auf die Kostenfrage bis zur Entscheidung gegenüber den anderen Gesammtschuldnern. OLG. Dresd. Annal. **22** 379.

11. Die Aussetzung ist nicht statthaft, wenn es sich bei der Frage nach dem Einflusse des anderen rechtshängigen Prozesses lediglich darum handelt, ob und inwieweit die in jenem Prozesse zu erwartenden thatsächlichen Beweisergebnisse nach den Regeln der freien Beweiswürdigung auch im vorliegenden Prozeß verwerthet werden können. (So wenn der auf den Kaufpreis verklagte Käufer von seinem Abnehmer wegen Mangelhaftigkeit der Waare gleichfalls verklagt ist.) OLG. Dresd. Annal. **21** 186.

§ 149. 1. Das Gericht hat nach freiem Ermessen darüber zu befinden, ob der Verdacht einer strafbaren Handlung vorliegt. Die Aussetzung ist vom Gerichte nach freiem Ermessen — zugleich auch im öffentlichen Interesse — unabhängig von etwaigen Parteianträgen auszuüben. **RG.** JW. **01** 718.

2. Die Aussetzung ist auch im Urkunden- und Wechselprozesse zulässig. Es dürfen hierbei alle Beweismittel, z. B. auch eidesstattliche Versicherungen, verwerthet werden. **RG.** JW. **01** 718.

§ 150. 1. Die hinsichtlich der Fassung, Verkündung und Anfechtbarkeit der Trennungsbeschlüsse i. S. von § 145 aufgestellten Grundsätze gelten auch für die Wiederaufhebung des Trennungsbeschlusses nach § 150. Nach verkündetem Endurtheil ist dem Richter, welcher den Trennungsbeschluß erlassen hat, die Möglichkeit der Wiederaufhebung entzogen; die Berufungsinstanz kann eine Wiederaufhebung nicht durch Beschluß nach § 150 erzielen, ebensowenig die Wiedervereinigung zweier in zweiter Instanz schwebender, in erster Instanz getrennter Prozesse. Hübler a. a. O. S. 20 ff.

2. Eine Trennung von Sachen, die gemeinsam verhandelt worden sind, lediglich zum Zwecke der Urtheilsfällung kennt das Gesetz nicht. Mögen hier auch äußerlich zwei Urtheile vorliegen, so handelt es sich doch materiell nur um ein Urtheil in ungewöhnlicher Form (z. B. hinsichtlich der Revisionssumme). **RG.** JW. **01** 799.

§ 156. Die Prozeßordnung giebt zwar dem Gerichte das Recht, die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung anzuordnen, aber darüber hat das Gericht lediglich von Amtswegen zu befinden, die Parteien haben kein Recht auf die Wiedereröffnung, folglich auch nicht das Recht, sie zu beantragen und eine Entscheidung über solchen Antrag zu fordern. **RG.** JW. **02** 543.

§ 160 Abs. 2 Nr. 1. I. Ein zur Prozeßerledigung zu gerichtlichem Protokolle beurkundeter Vergleich ist formgültig, auch wenn der im Vergleichswege geschlossene Vertrag als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer besonderen durch Erklärung zu gerichtlichem Protokolle nicht gewahrten Formvorschrift unterliegen sollte; denn die Beurkundung von gerichtlichen Vergleichen zur Beilegung von Prozessen gehört zu den Aufgaben des Prozeßrichters und ist Akt nicht der frei-

willigen, sondern der streitigen Gerichtsbarkeit, welcher deshalb hinsichtlich seiner Form der Vorschrift der CPO. §§ 160 ff. unterliegt. **RG.** JW. **01** 474, DJZ. **01** 459.

II. Der gerichtliche Vergleich ist erst mit der Beurkundung abgeschlossen. Fehlt diese, so ist die erforderliche Form nicht gewahrt, die Parteien sind an den Vergleich nicht gebunden. Vollzogen ist die Beurkundung erst mit der Unterzeichnung durch Richter und Gerichtsschreiber. OLG. I 238 (Posen).

Dagegen: Rospatt, R. **01** 119: Für das Zustandekommen eines gerichtlichen Vergleichs sind die §§ 162, 194 nicht maßgebend, die Frage regelt sich vielmehr ausschließlich nach bürgerlichem Rechte. Zum Abschlusse genügt daher jede formlose Einigung, die Beurkundung ist zur Gültigkeit niemals erforderlich.

Gegen Rospatt wiederum Francke im R. **01** 169 und Bendix, Ueber den Zeitpunkt des Zustandekommens eines gerichtlichen Vergleichs, PosMschr. **02** 69: Allerdings entscheidet sich die Frage des Zustandekommens eines gerichtlichen Vergleichs nach bürgerlichem Rechte. Wenn jedoch die Parteien einen Vergleich zu gerichtlichem Protokoll erklären sollen und erklären, dann richtet sich ihre Willenseinigung nicht bloß auf den materiellen Inhalt des Vergleichs, sondern in der Regel auch auf seine protokollarische Feststellung. Die Form wird alsdann nicht der Beweiskraft halber gewählt, sondern als ein wesentlicher Bestandtheil des Abkommens. Im Hinblick auf BGB. §§ 125 Satz 2, 154 Abs. 2 ist ein Vergleich, sofern er abredegemäß zu gerichtlichem Protokoll errichtet werden soll, bis zu seiner formellen Errichtung im Zweifel wirkungslos. Freilich können die näheren Umstände zu einer abweichenden Auffassung nöthigen. So aufgefaßt und begründet, unterliegt das Urtheil des OLG. Posen schwerlich der Anfechtung.

Wird während eines Prozesses brieflich ein Vergleichsvorschlag gemacht, so gilt auch für die Annahme eines solchen Antrags die im § 147 Abs. 2 BGB. bestimmte Frist. Wenn also ein Vorschlag des Beklagten am 25. Januar bei dem Anwalte des Klägers einging, die Annahme aber erst mit Schreiben vom 4. Februar erfolgte, so ist sie verspätet, sofern die Erledigung binnen 5 bis 6 Tagen erwartet werden durfte. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß am 26. Januar Termin anstand, die Anwälte Vertagung beantragten und neuer Termin auf den 27. Februar anberaumt wurde. Denn hieraus ist nicht zu entnehmen, daß der Beklagte die gesetzliche Frist des § 147 Abs. 2 bis dahin stillschweigend verlängert habe. **RG.** DJZ. **02** 288

III. Abs. 2 Nr. 3. Das in der vorgeschriebenen Form aufgenommene, unbeanstandet gebliebene Sitzungsprotokoll kann nicht durch die nachträgliche Behauptung entkräftet werden, die Angabe eines Sachverständigen sei nicht sinngemäß beurkundet werden. BayrObLG. R. **02** 614.

§ 164. Die Vorschrift bezieht sich nur auf Prozeßhandlungen, die auf den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit beruhen. Sie findet keine Anwendung auf den Fall, wo die Beeidigung eines Zeugen nur aus dem Urtheil und nicht zugleich aus dem Protokolle hervorgeht. **RG** R. 02 152.

Zweiter Titel.

Zustellungen.

§ 166. I. Ist die im Gesetze bestimmt angeordnete Zustellungsart nicht beobachtet, so muß die so geschehene Zustellung als wirkungslos gelten. Es konnten auch daher wesentliche Mängel nicht dadurch geheilt werden, daß der Berufungskläger eine bezügliche Rüge unterließ. Denn die Prüfung, ob die Zustellung des angefochtenen Urtheils gesetzmäßig erfolgt ist, hat von Amtswegen zu erfolgen. **RG.** JW. **02** 182.

II. Abs. 2. 1. Die amtliche Stellung des Gerichtsschreibers unterscheidet sich, was die Bewirkung von Zustellungen anlangt, scharf von der des Gerichtsvollziehers. Der Gerichtsschreiber ist Beamter des Gerichts; er hat als solcher innerhalb des ihm vom Gesetze zugewiesenen Geschäftskreises eine amtliche Thätigkeit auch da wahrzunehmen, wo er zu ihr unmittelbar durch Anträge der Parteien berufen wird; diesem amtlichen Charakter seiner Thätigkeit entspricht es, daß er bei ihr den Anweisungen der Partei nur insoweit unterworfen wird, als dies im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist. Dies ist aber hinsichtlich seiner Vermittelung bei Zustellungen nicht geschehen. Schon dadurch, daß das Gesetz im § 166 Abs. 2 davon spricht, daß die Partei den Gerichtsvollzieher unter Vermittelung des Gerichtsschreibers mit der Zustellung beauftragen könne, kennzeichnet es mit dieser Fassung den Gegensatz, der sich in dem Verhältnisse beider Beamten der Partei gegenüber darstellt. Der Gerichtsvollzieher ist der Beauftragte; der Gerichtsschreiber vermittelt nur diesen Auftrag, ohne dadurch selbst zum Beauftragten der Partei zu werden. Mit dieser Auffassung ist die Befugniß der Partei, dem Gerichtsschreiber eine bindende Anweisung darüber ertheilen zu dürfen, wie er die Zustellung zu vermitteln habe, unvereinbar. Der Gerichtsschreiber ist daher nicht verpflichtet, dem Verlangen der Partei, die Post unmittelbar um Bewirkung der Zustellung zu ersuchen, Folge zu leisten. **RG. 46** 323. **Ebenso** Gaupp-Stein, a. M. Petersen-Anger, Struckmann, Koch u. A.

2. Zum Theil abweichend OLG. Dresd. Annal. **23** 279:

Der um Vermittelung der Zustellung angegangene Gerichtsschreiber hat insoweit lediglich als Bevollmächtigter der Partei zu gelten, die in Folge dessen seine Handlungen und Unterlassungen zu vertreten hat. Die Partei bezw. ihr Prozeßbevollmächtigter hat den Gerichtsschreiber anzuweisen, an wen nach den einschlagenden prozessualen Bestimmungen die Zustellung erfolgen soll.

3. Bei Zustellungen durch Vermittelung des Gerichtsschreibers im Anwaltsprozeß ist es die Regel, daß die Beglaubigung des Schriftsatzes ohne Terminsbestimmung durch den Anwalt, die Beglaubigung der Terminsbestimmung aber nach Uebertragung derselben auf die zuzustellende Abschrift durch den Gerichtsschreiber oder den Gerichtsvollzieher erfolge.

Jedoch kann die Zustellung dadurch nicht unwirksam werden, daß der Anwalt den unbeglaubigten Schriftsatz zur Terminsbestimmung einreicht und erst der Gerichtsvollzieher vor der Zustellung den Schriftsatz mit der Terminsbestimmung beglaubigt. RG. JW. **00** 654.

4. **Der Gerichtsschreiber kann die Zustellung ablehnen, wenn es sich nicht um Wahrung einer Nothfrist handelt.** Lehnt er nicht ab, so ist zu unterscheiden, ob die Zustellung durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers oder unmittelbar durch die Post erfolgt ist. Dieses letztere Verfahren setzt nach § 196 CPO. voraus, daß eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist; an dieser Voraussetzung fehlt es aber, wenn durch die im Anwaltsprozeß erfolgte Zustellung eine Nothfrist nicht gewahrt wird. **Daher ist diese Zustellung ungültig. Dagegen ist die durch den Gerichtsvollzieher bewirkte gültig.** Denn dieser hat im Auftrage der Partei zugestellt; ganz gleichgültig, ob er denselben unmittelbar von der Partei oder durch Vermittelung einer anderen Person erhalten hat, da es jetzt allgemein anerkannt ist, daß der Auftrag zur Zustellung nicht dem Anwaltszwang unterliegt. Petersen, R. **01** 4 ff.

Ebenso: **Die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher im Anwaltsprozeß ist nicht deswegen ungültig, weil der Gerichtsvollzieher unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts beauftragt wurde, obschon die Voraussetzungen des § 166 Abs. 2 nicht vorlagen.** **RG. 47** 397.

5. Unter die Zustellungen, mit denen der Gerichtsschreiber im Anwaltsprozesse beauftragt werden kann, fällt nicht das Wiedereinsetzungsgesuch, das nach Ablauf der Revisionsfrist mit der Revisionsschrift verbunden wird. Die Wiedereinsetzung ist nicht nur Akzessorium der Revisionsfrist. **RG. JW. 02** 311.

§ 168. Die in der Praxis mehrfach aufgetauchte Ansicht, daß der Gerichtsschreiber die Zustellung nicht vermitteln dürfe, wenn nicht das Ersuchen um Vermittelung seitens des Anwalts in den Schriftsatz aufgenommen sei, ist irrig. Aus dem Nachsatze des § 168 geht nicht hervor, welchen Inhalt die „Erklärung" haben müsse, es ist dies aus dem Vordersatze zu entnehmen. Daraus ergiebt sich, daß die Erklärung keinen positiven, sondern einen negativen, keinen bewirkenden, sondern einen verhindernden Inhalt hat. Der Gerichtsschreiber ist kraft Gesetzes zur Vermittelung beauftragt, soll er dieses gesetzliche Mandat nicht ausüben, so muß dieser Wunsch durch einen Vermerk wie „Zustellung besorge ich selbst" und ähnlich ausgedrückt werden. Simon, DJZ. **02** 49.

§ 170. 1. Versäumt der mit der Zustellung nach § 166 Abs. 2 Satz 2 beauftragte Gerichtsvollzieher die Beglaubigung der Terminsbestimmung auf der zugestellten Abschrift des Rechtsmittelschriftsatzes, so ist dies nur ein unabwendbarer Zufall im Sinne von § 233 CPO. **RG. 48** 409 (Plen.).

2. Es ist keine ordnungsmäßige Ladung, wenn in den Kontext der Ladung lediglich die Mittheilung aufgenommen wird, das Gericht habe auf einen bestimmten Tag Termin angesetzt. OLG. Frankf., R. **02** 351.

3. Die Beglaubigung verlangt die Unterschrift des Anwalts. Die Worte: „Beglaubigte Abschrift . . . Rechtsanwalt" genügen nicht.

Die Beglaubigung des Termins erstreckt sich nicht auf das Schriftstück selbst. OLG. Dresd. Annal. **22** 67.

4. Fehlt das Wort „Beglaubigt", ist aber die mit „Beglaubigte Abschrift" überschriebene Urkunde von dem Rechtsanwalt unterzeichnet, so liegt eine beglaubigte Abschrift vor. Eine besondere Form der Beglaubigung schreibt das Gesetz nicht vor. **RG. JW. 02** 164.

5. Zur Beglaubigung der Terminsbestimmung des Vorsitzenden ist der Gerichtsschreiber nur in dem Falle des § 196 CPO. verpflichtet, befugt ist er dazu stets, auch im Falle des § 170 Abs. 2, der den Gerichtsvollzieher dazu verpflichtet. Mit der gesetzlichen Anordnung der Beglaubigung durch ein bestimmtes Organ ist noch nicht die Beglaubigung durch ein anderes Organ ausgeschlossen. **RG. 46** 399, R. **00** 63, 106.

§ 171. 1. Ueber die Zulässigkeit der Klagezustellung an den Vorsitzenden des Aufsichtsraths für diesen selbst s. **RG.** SächsA. **12** 196.

2. Die Zustellung einer Klage auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung muß an den Vorstand und den Aufsichtsrath der Aktiengesellschaft geschehen. Mit der im H.G.B. § 272 Abs. 1 vorgesehenen Doppelvertretung der Gesellschaft wird bezweckt, beide Organe derselben im Anfechtungsprozesse zum Worte kommen zu lassen. Diesem Zwecke würde es zuwiderlaufen, wenn man der Regelvorschrift des § 171 Abs. 1 und 2 CPO. entsprechend die Zustellung der Klage an den Vorstand der Gesellschaft genügen lassen wollte, da hierdurch nicht ausreichend verbürgt wird, daß auch der Aufsichtsrath von der Anfechtung Kenntniß erlangt. In dieser Hinsicht bietet auch die jetzt dem Vorstande durch HGB. § 272 Abs. 4 zur Pflicht gemachte unverzügliche Bekanntmachung der Klagerhebung und des Verhandlungstermins keinen genügenden Schutz, weil der Vorstand, der mit dem Anfechtungskläger im Prozesse gemeinsame Sache machen will, sich jener Verpflichtung leicht entziehen wird. OLG. Dresden, SächsA. **12** 523.

Ebenso OLG. Kolmar, R. **02** 49:

Durch den die Artt. 222, 190a der früheren Fassung nur redaktionell abändernden § 271 Abs. 1 HGB. ist nichts daran geändert, daß die im Abs. 2 des § 271 bestimmte Frist zur Erhebung der Klage auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch eine bloß ihrem Vorstande zugestellte Klage nicht gewahrt wird. Der § 171 Abs. 3 kann für Gültigkeit dieser Zustellung nicht angerufen werden, den Vorstand und Aufsichtsrath stellen nicht mehrere gesetzliche Vertreter, sondern zusammen den gesetzlichen Vertreter der Aktiengesellschaft dar.

§ 175 Abs. 1. Eine „gerichtliche Verhandlung" im Sinne des § 175 Abs. 1 ist auch eine solche, in der das besetzte Gericht den Antrag des Anwalts auf Ansetzung eines neuen Termins anhört und sodann durch verkündeten Beschluß die neuen Termine bestimmt. OLG. **2** 300 (Kiel).

§ 176. 1. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist bez. der Zustellung von Urtheilen nicht davon abhängig, daß der Prozeßbevollmächtigte im Urtheil als solcher aufgeführt ist oder Vollmacht zu den Gerichtsakten eingereicht hat. OLG. Dresd. Annal. **21** 263.

2. Diese Vorschrift gilt entsprechend auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. KGJ. **22** 198 f.

§ 179. (295.) 1. Die Zustellung der Berufungsschrift an den im § 179 bestimmten Empfänger gehört nach § 518 Abs. 1 zu der vorgeschriebenen Form der Einlegung der Berufung. Der Mangel kann nicht durch Unterlassung der Rüge geheilt werden. Seuff. A. **57** 160 (BayrObLG.).

2. Die Partei, bezw. ihr Prozeßbevollmächtigter, hat dem mit der Vermittelung der Zustellung beauftragten Gerichtsschreiber die erforderlichen Weisungen über die Person des Zustellungsempfängers zu ertheilen. Eine Zustellung durch den Gerichtsschreiber an die Partei selbst, statt an den Prozeßbevollmächtigten, ist kein unabwendbarer Zufall. OLG. Dresd. Annal. **23** 279.

3. Die Zustellung des Rechtsmittelschriftsatzes an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz setzt voraus, daß der „Prozeßbevollmächtigte" zur Zeit der Zustellung noch als solcher „vorhanden" ist. Ein für eine Instanz bestellter Prozeßbevollmächtigter hört aber immer dann auf, es zu sein, wenn er nicht mehr als Rechtsanwalt für das betreffende Gericht zugelassen ist. In einem solchen Falle muß die Zustellung an die Partei selbst erfolgen. Daß der frühere Prozeßbevollmächtigte zur Uebermittelung der Zustellung an den Gegner in der Lage bleibt, macht die Zustellung an ihn nicht wirksam. OLG. **5** 80 (Köln).

§§ 179, 664 ff. Im Entmündigungsverfahren kann jetzt die Berufung sowohl dem Staatsanwalt beim Oberlandesgericht als dem beim Landgerichte zugestellt werden. OLG. **5** 115, 118 (Dresd., Celle).

§ 181. 1. Das Gesetz verlangt nicht, daß die in der Familie des Adressaten dienende Person von ihm selbst angestellt sein müsse oder in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu ihm stehe. RG. JW. **01** 750.

2. Die Ersatzzustellung am Todestage des Zustellungsempfängers wird so lange als rechtswirksam durch die Zustellungsurkunde dargethan, bis die Thatsache der Uebergabe nach erfolgtem Ableben des Zustellungsempfängers feststeht. OLG. Breslau, R. **02** 590.

3. Daß die Zustellung auch dann ihre Wirkung äußert, wenn der Adressat keine Kenntniß davon erhält, wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber daraus, daß die CPO. trotz eingehender Regelung des ganzen Zustellungswesens ein solches Erforderniß nirgends aufstellt, und erhellt außerdem aus § 233 Abs. 2, der voraussetzt, daß durch die Zustellung trotz der nicht erlangten Kenntniß die Einspruchsfrist in Lauf gesetzt worden ist.

Der Bedienstete, an den gemäß § 181 CPO. Ersatzzustellung erfolgen kann, braucht nicht von dem Adressaten angestellt zu sein, sondern nur zu der in gemeinsamem Hausstande vereinigten Familie, der der Adressat angehört, in einem Dienstverhältnisse zu stehen.

Ist auf der Zustellungsurkunde nicht, wie nach §§ 191, 195 erforderlich, der Name des Bediensteten oder ein sonstiges genügendes Identifizirungsmerkmal aufgeführt, so fehlt der Zustellungsurkunde jedenfalls, wenn die Zustellung nicht überhaupt wirkungslos ist, die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde, da sie über einen wesentlichen Punkt keine Angaben enthält und aus ihr selbst nicht ergänzt werden kann. Sie hat somit keine privilegirte Beweiskraft. **OLG. 2** 422 (Karlsr.).

§ 188. Die Frage, ob der Gerichtsvollzieher bei eiligen Sachen die Zustellung an Sonn- und Feiertagen durch die Post auch ohne die in der CPO. § 188 vorgesehene richterliche Erlaubniß beantragen kann und darf, wird im Gegensatze zu den Kommentaren von Gaupp-Stein, Seuffert u. A. von Cheauffr, Ztschr. f. Vollstr. **16** 68 verneint. Der Gerichtsvollzieher darf die Postzustellung an Sonn- und Feiertagen nur bei vorliegender richterlicher Erlaubniß beantragen.

§ 190. Mängel der Zustellungsurkunde machen die Zustellung nicht ungültig. **RG.** JW. **00** 564.

§ 191. 1. Die Angabe der Stunde, zu der die Zustellung erfolgt, ist nicht nothwendig. **RG.** JW. **02** 215.

2. Wenn von zwei assoziirten Rechtsanwälten nur der eine als Prozeßbevollmächtigter im Urtheil angegeben ist, so ist die durch den anderen bewirkte Zustellung wirkungslos. **RG.** JW. **02** 604.

§ 194 Abs. 2. Das Fehlen des Vermerkes, für welche Person der Gerichtsvollzieher das Schriftstück zur Post giebt, macht die Zustellung nicht unwirksam. OLG. Jena, DJZ. **00** 280. Vgl. jedoch Gaupp-Stein § 194 I.

Vgl. auch Planck, R. **02** 298:

Der Gerichtsvollzieher hat auf dem bei der Zustellung zu übergebenden Schriftstücke zu vermerken, für welche Person er dasselbe der Post übergiebt, ferner hat er in dem Postübergabezeugniß, außer der Bestätigung über Beachtung der im Abs. 1 vorgeschriebenen Förmlichkeiten, zu bezeugen, für wen die Uebergabe geschehen ist. Weitere Formen schreibt das Gesetz nicht vor. Werden daher im Verwaltungswege besondere Formen eingeführt, so hat die Nichtbefolgung derselben nicht Nichtigkeit der Zustellung zur Folge.

§ 197. Erfordert die Schleunigkeit die gewöhnliche Zustellung, so hat deren Aufwand der in die Kosten verurtheilte Gegner voll zu erstatten. OLG. Breslau, R. **02** 511.

§ 198. 1. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist nur dann erfolgt, wenn die beglaubigte Abschrift des Schriftsatzes dem Anwalte, dem dieselbe zugestellt werden soll, übergeben und von diesem die geschehene Uebergabe durch Ausstellung des mit Datum und Unterschrift versehenen Empfangsbekenntnisses bestätigt ist. Die Bescheinigung über die Zustellung, welche der zustellende Anwalt gemäß der im § 198 CPO. getroffenen Vorschrift zu ertheilen verpflichtet ist, muß inhaltlich so gefaßt sein, daß aus ihr mit der erforderlichen Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, daß an dem von ihr benannten Tage jener die Zustellung bedingende Thatbestand sich vollzogen hat.

Die Rechtsgültigkeit der Zustellung wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß Uebergabe der beglaubigten Abschrift sich Zug um Zug mit Uebergabe des Empfangsbekenntnisses vollzieht und zu gleicher Zeit die Bescheinigung über die erfolgte Zustellung ausgehändigt wird. Daß auf der übergebenen Abschrift die

Beglaubigung und die Zustellung durch eine und dieselbe Ueberschrift vorgenommen bezw. bestätigt ist, ist ohne Bedeutung.

Die vom zustellenden Rechtsanwalt ausgestellte Bescheinigung ist lediglich Beweismittel. Der Gegenbeweis ist nicht verwehrt. RG. JW. 02 419.

2. Falsche Datirung schließt die Gültigkeit der Zustellung nicht aus, dafern nur der wirkliche Tag der Uebergabe nachgewiesen wird. RG. 51 1 63, JW. 02 270.

3. Abs. 2 enthält das Mindestmaß der Erfordernisse für eine gültige Zustellung von Anwalt zu Anwalt. Also macht die Verabsäumung der Datirung des Empfangsbekenntnisses durch den die Zustellung empfangenden Anwalt die Zustellung selbst ungültig, ohne daß dieser Mangel durch den Nachweis der Zustellungszeit gehoben werden könnte. Das gilt auch für den Fall, daß der zustellende Anwalt seine Bescheinigung datirt hat. RG. JW. 00 699, SächsA. 10 762. Ebenso OLG. Dresd. Annal. 22 282.

4. Hat der Rechtsanwalt, dem zugestellt worden ist, die Zustellungsofferte einmal durch Vollziehung des Empfangsbekenntnisses angenommen, so kann die Wirksamkeit durch spätere, wenn auch im Einverständnisse mit dem gegnerischen Anwalte vorgenommene Handlungen nicht mehr rückgängig gemacht werden. OLG. 1 315 (Marienw.).

5. Ortsangabe ist nicht erforderlich. RG. NaumbAK. 00 74.

§ 199 CPO. in Verbindung mit

Art. 3 des Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896 (Reichs-Gesetzblatt 99 288).

Da Großbritannien diesem Abkommen nicht beigetreten ist, genügt zum Nachweise von Zustellungen nicht die im Art. 3 erwähnte Bescheinigung der ersuchten Behörde, aus der sich die Thatsache und die Zeit der Zustellung ergiebt. Die Zustellung muß den Erfordernissen des englischen Rechtes entsprechen (Merzbacher, R. 00 14).

§§ 203, 204. 1. Wird die öffentliche Zustellung einer Klage beantragt, so hat das Prozeßgericht bei der Frage über die Anwendung dieser Zustellung nicht seine örtliche Zuständigkeit für den Rechtsstreit zu prüfen. RG. 46 391, JW. 00 493, OLG. Hamb. HansGerZ. 01 Beibl. 207.

2. In Fällen, wo das anzufechtende Urtheil nach dem Antrage der Partei gleichzeitig mit der Rechtsmittelschrift öffentlich zugestellt werden soll, ist das zur Entscheidung über das Rechtsmittel berufene Gericht nicht zuständig, auch die öffentliche Zustellung des anzufechtenden Urtheils zu bewilligen. Eine trotzdem erfolgte Zustellung ist als nicht erfolgt anzusehen. RG. JW. 01 841.

§ 205. Bei der öffentlichen Zustellung der Berufungsschrift genügt die Aufnahme des Klagantrags in den Auszug, wenn die Berufungsschrift einen eigenen Antrag nicht enthält und in der mündlichen Verhandlung ein sachlich mit dem Klagantrag übereinstimmender Antrag gestellt wurde. OLG. 2 425 (Kassel).

§ 207 Abs. 2. 1. Zur Wahrung der Frist des § 207 Abs. 2 CPO. genügt jede (ordnungsmäßige) Art von Zustellung, auch die nicht unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zur Ausführung gekommene, wenn sie innerhalb der zwei Wochen nach der Einreichung beim Gerichtsschreiber bewirkt wird. RG. 46 390, JW. 00 654, 01 6.

2. Die Zustellung ist wirksam, wenn der zuzustellende Schriftsatz zunächst unwirksam zugestellt worden ist, die ordnungsmäßige Zustellung aber innerhalb der zweiwöchigen Frist nachgeholt worden ist. OLG. 1 114 (KG.).

3. Die Uebergabe der Berufungsschrift an den Kastellan nach Schluß der Dienststunden des Gerichtsschreibers kann der erforderlichen Einreichung bei letzterem nicht gleichgestellt werden. OLG. 5 79 (Hamb.).

§ 211. Fehlt bei einer vereinfachten Zustellung auf dem Briefumschlage der Vermerk „vereinfachte Zustellung", so ist die Zustellung wirkungslos, **da der** Empfänger nicht in der Lage ist, mit der erforderlichen Sicherheit zu erkennen, daß es sich bei der formlosen Uebergabe um eine Zustellung und nicht um eine bloße Behändigung handelt. OLG. 2 422 (Rost.).

§ 212. Bei der Zustellung von Amtswegen ist der auf dem Briefumschlage, nicht der auf der Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers vermerkte Tag der Zustellung maßgebend, weil für den Empfänger der Briefumschlag, der ihm zugestellt wird, das Original der Zustellungsurkunde bildet. OLG. 2 422 (Posen).

Dritter Titel.

Ladungen, Termine und Fristen.

§ 214. Die bloße Mittheilung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung, durch die der Termin anberaumt wird, kann die Ladung nicht ersetzen, da dieser Umstand für sich allein keinen genügenden Ausdruck des Ladungswillens und die Annahme einer aus den Gesammtumständen des Falles sich ergebenden stillschweigenden Ladung zur Berufungsverhandlung dem Grundsatze widerstreitet, daß die auf die Rechtsmitteleinlegung bezüglichen Formvorschriften nicht nach Gesichtspunkten der Billigkeit ausgelegt werden dürfen. **RG.** JW. 01 750.

§ 217. 1. Im Falle der Säumniß des ohne Einhaltung der Einlassungsfrist geladenen Beklagten ist dieser von dem erschienenen Kläger zu dem vertagten Termine nur unter Einhaltung der Ladungsfrist, nicht dagegen unter nochmaliger Einhaltung der Einlassungsfrist zu laden. LG. Elberfeld, R. 01 359.

2. a) Die Ladungsfrist braucht bei Ladungen der Parteien zu Beweisaufnahmeterminen nicht beobachtet zu werden. LG. Colmar, R. 01 359.

b) Folglich hat auch der Schwurpflichtige keinen Anspruch auf Einhaltung der im § 217 bestimmten Ladungsfrist. OLG. Marienw., R. 02 590.

§ 221. Auch die nicht von Amtswegen erfolgte Zustellung eines nicht verkündeten Beschlusses bewirkt den Beginn des Laufes einer richterlichen Frist. OLG. Hamb., R. 01 75.

§ 227. 1. Die Terminsverlegung ist nicht durch Beschwerde anfechtbar und zwar auch dann nicht, wenn bei wiederholter Verlegung die Anhörung des Gegners dem § 225 Abs. 2 zuwider nicht erfolgt ist. Seuff. A. 56 30 (Hamb.).

2. Die Vorschrift in Abs. 2 ist auf die Zurückverlegung eines Termins auf einen früheren Tag nicht anwendbar. **RG.** in R. 01 388.

3. Die Verhandlungsgebühr des Anwalts aus § 23 der GO. f. RA., § 47 des GKO. ist nur im Falle einer streitigen Verhandlung über den Vertagungsantrag anzusetzen. Landsberg, PosMschr. 02 1 ff.

§ 228. Die Beschwerde gegen einen auf Antrag einer Partei erlassenen Beschluß auf Verlegung eines Verhandlungstermins ist auch dann unzulässig, wenn der Gegner der Verlegung widersprochen hat, ohne aber den Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheils zu stellen. OLG. Köln, R. 02 511.

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 230. Das Kumulationsprinzip aller konkurrenten Handlungen (das sogenannte Eventualprinzip) des gemeinen deutschen Civilprozesses ist an sich kein selbständiges Prinzip, sondern lediglich ein Ausfluß des civilprozessualen Konzentrationsprinzips, welch letzteres zu allen Zeiten wirksam war, welches aber

in den verschiedenen Civilprozeßgesetzgebungen der verschiedenen Jahrhunderte verschieden in die Erscheinung getreten ist.

Das civilprozessuale Konzentrationsprinzip, welches in dem Bestreben der **Gesetzgebung** wurzelt, Prozeßverschleppungen zu verhüten, äußert sich in der **Reichs-Civilprozeßordnung** beispielsweise in:

1. Fristbestimmungen,
2. Strafbestimmungen,
3. Präklusionsbestimmungen,
4. in einem Kumulationsgebot ohne nachfolgende Präklusion und
5. in einem Kumulationsgebote mit nachfolgender Präklusion, d. i. in der Kumulationsmethode. Mieck, Das civilprozessuale Konzentrationsprinzip Theil III.

§ 233. 1. a) Unter unabwendbarem Zufalle (höherer Gewalt) wird hier **der** subjektive Begriff (vgl. § 203 BGB.) verstanden. Knauer, Höhere Gewalt im Reichsrecht, S. 70 ff., 78.

b) Ein unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 Abs. 1 liegt nur vor, **wenn der durch** den Zufall Betroffene alle ihm vernünftigerweise zuzumuthende Sorgfalt **zu dessen** Verhütung angewendet und sich keinerlei eigenen Versehens hierbei **schuldig** gemacht hat. **RG.** JW. **01** 838.

c) Die Unabwendbarkeit **des** Zufalls verlangt von der **Partei mehr als eine** Thätigkeit, die nur darauf abzielt und gerade nur ausreicht, **daß bei regel- und** ordnungsmäßigem Gange der Dinge die Nothfrist noch gewahrt werden **kann.** Vielmehr muß sie ihre Thätigkeit so einrichten, daß auch mögliche **Unregelmäßigkeiten** und Zwischenfälle, sofern sie nur nicht außer dem Bereich einer vermöge der gebotenen Sorgfalt vernünftigerweise anzustellenden **Berechnung** liegen, **kein** Hinderniß für die Innehaltung der Frist bilden. **RG.** JW. **01** 837.

2. a) Gegen die Nothfristversäumung, die der Gerichtsvollzieher durch **versehentliche** Unterlassung der Beglaubigung des Terminsvermerkes herbeigeführt **hat** (§§ 207 Abs. 2, 166 Abs. 2), ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand **zulässig.** Landsberg, Der unbeglaubigte Terminsvermerk, PosMschr. **01** 1 f.

b) Ebenso nunmehr **RG.** (Plen.) **48** 409 f.: „Ein unabweisbarer Zufall **im Sinne des** § 233 CPO. ist darin zu finden, daß der gemäß § 166 Abs. 2 **Satz** 2 CPO. mit der Zustellung beauftragte Gerichtsvollzieher verabsäumt hat, **die** Terminsbestimmung auf die zugestellte Abschrift der Rechtsmittelschrift zu **beglaubigen.**"

3. Räumliche Entfernung vom Prozeßgericht ist kein **unabwendbares** Hinderniß. **RG.** JW. **02** 360.

4. Der um Aufnahme eines Armenrechtsgesuchs angegangene **Gerichtsschreiber** hatte die Beifügung des Zusatzes unterlassen, daß das eine Nothfristsache betreffende Gesuch zur Feriensache erklärt werde. Das ist unabwendbarer Zufall. Bay. OLG. R. **02** 239.

5. Ueber rechtzeitige Einreichung von Armenrechtsgesuchen behufs Einlegung eines Rechtsmittels vgl. die folgenden Erkenntnisse:

a) Die Partei muß auf eine Verzögerung in der Bewilligung des **Armenrechts** gefaßt sein. **RG.** JW. **01** 837.

b) Wird eine Partei durch von ihr nichtverschuldete verzögerte Beschlußfassung über ein von ihr rechtzeitig eingereichtes Armenrechtsgesuch an der **Wahrung** der Nothfrist zur Einlegung eines Rechtsmittels gehindert, so ist darin ein **unabwendbarer** Zufall im Sinne des § 233 CPO. zu erblicken. **RG.** JW. **01** 79. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1057.

c) Eine Einreichung des Armenrechtsgesuchs am siebenten Tage vor **Ablauf** der Rechtsmittelfrist kann an sich (auch von besonderen Hinderungsgründen

des Nachsuchenden abgesehen) nicht unter allen Umständen, zumal bei naher Entfernung des Berufungsgerichts vom Gerichte I. Instanz, als verspätet angesehen werden. Es entscheidet die konkrete Sachlage. **RG.** JW. **01** 837[8] (III. Civils.).

Dagegen:

d) Wenn die Partei ihre Eingabe um Ertheilung des Armenrechts während der Gerichtsferien erst im letzten Viertel der Revisionsfrist, also so spät abgesendet hat, daß nach erfolgter Akteneinholung nur knappe 3 Tage für die Prüfung des Gesuchs und die Entscheidung darüber dem Reichsgerichte verblieben sind, so kann sie von dem Vorwurfe des saumseligen Betriebs der Sache nicht freigesprochen und schon deshalb ein unabwendbarer Zufall nicht angenommen werden. **RG.** JW. **01** 838 (V. Civils.).

e) Einreichung des Armenrechtsgesuchs am sechsten Tage vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erachtet als verspätet **RG.** JW. **01** 837[9] (III. Civils.).

f) Kein unabwendbarer Zufall kann angenommen werden, wenn die Partei 26 Tage nach Urtheilszustellung mit Einreichung des Armenrechtsgesuchs wartet. JW. **02** 126.

g) Die Nothfristversäumniß ist kein unabwendbarer Zufall, wenn der kurz vor Ablauf der Frist bestellte Armenanwalt die Fristversäumung auf dem in § 207 Abs. 2 bezeichneten Wege vermeiden konnte. OLG. Dresden, R. **02** 129.

6. Der Aufenthalt in einer Strafanstalt kann einen Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dann abgeben, wenn dadurch die Einlegung des Rechtsmittels unmöglich gemacht worden ist. **RG** JW. **00** 469.

7. Stirbt der Zustellungsbevollmächtigte des Gegners, dem die Rechtsmittelfrist zugestellt werden sollte, vor Ausführung der Zustellung und ist die dann ohne Säumniß an die Partei selbst bewirkte Zustellung nach Ablauf der Rechtsmittelschrift erfolgt, so ist die Wiedereinsetzung gerechtfertigt. **RG.** R. **01** 49.

§ 234. 1. Die zweiwöchige Frist ist keine Nothfrist. Sie wird nicht dadurch gewahrt, daß der Schriftsatz innerhalb der Frist bei der Gerichtsschreiberei eingeht. OLG. Breslau, BreslAK. **02** 2.

2. Der Anfangspunkt der im § 234 verordneten zweiwöchigen Frist ist in dem Falle, daß eine arme Partei die Berufungsfrist deshalb versäumt hat, weil ihr zeitig gestelltes Armenrechtsgesuch von dem Gerichte der Berufungsinstanz kurze Zeit vor dem Ablaufe der Berufungsfrist abgelehnt worden war und sie daher nicht rechtzeitig einen beim Berufungsgerichte zugelassenen Rechtsanwalt hatte erlangen können, nach richterlichem Ermessen zu bestimmen, wobei jeder Zweifel dem Antragsteller zu Gute zu bringen ist. **RG.** **47** 377.

§ 235. 1. Die Wiedereinsetzung nach § 235 Abs. 2 setzt außer der unrichtigen Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten in dem angefochtenen Urtheile nur voraus, daß diese unrichtige Bezeichnung für die Versäumung der Nothfrist kausal gewesen ist. **RG.** JW. **00** 522.

2. Als unrichtige Bezeichnung im Sinne des § 235 Abs. 2 ist es auch anzusehen, wenn der nach der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, aber noch vor der Verkündung verstorbene Prozeßbevollmächtigte als solcher in dem Urtheile bezeichnet wird. Der gesetzgeberische Grund des § 235 Abs. 2 besteht darin, daß der Prozeßbevollmächtigte der höheren Instanz, der nach § 179 die Rechtsmittelschrift an den Prozeßbevollmächtigten desjenigen Rechtszugs zustellen lassen muß, dessen Entscheidung angefochten wird, sich, bis ihm entgegenstehende Thatsachen bekannt werden, soll darauf verlassen können, daß der gemäß § 313 Abs. 1 in dem anzufechtenden Urtheile genannte Prozeßbevollmächtigte des Gegners das auch zur Zeit der Erlassung des Urtheils wirklich noch war, daß er nicht zu Nachforschungen in dieser Beziehung verpflichtet sein soll. **RG.** JW. **01** 649 u. 650.

3. Die in Abs. 3 erwähnte Frist ist keine Nothfrist, sie beginnt daher nicht während der Gerichtsferien zu laufen. OLG. Dresden in R. 02 104.

§ 238. Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist kann nur durch Urtheil entschieden werden, und zwar bei begründetem Antrage durch Zwischenurtheil, bei unbegründetem durch Endurtheil. Ist zu Unrecht durch Beschluß erkannt, so findet die Beschwerde statt. Seuff. A. 56 371 (Hamb.).

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. In den Fällen, in denen eine juristische Person derart endet, daß ihr Vermögen in dem einer anderen Person aufgeht, ist § 239 analog anzuwenden. Hellwig, Rechtskraft S. 149.

2. Die Bestimmung betrifft nur den Fall, daß die Partei während des Rechtsstreits, also nach Zustellung der Klage, verstirbt. Ist der Tod vor Zustellung der Klage eingetreten, so ist ein Rechtsstreit überhaupt nicht anhängig geworden und es kann von einer Aufnahme durch die Erben keine Rede sein. Seuff. A. 56 372 (Marienw.).

3. Das Verfahren ist auszusetzen, wenn vor der Zustellung des nach dem Tode der Partei verkündeten Urtheils die Aussetzung beantragt wird. Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Aufnahmetermine nicht, so liegt es dem Prozeßgericht ob, das Urtheil als gegen die Rechtsnachfolger gültig festzustellen. Es muß in dem Urtheile festgestellt werden, daß in dem früheren Urtheile (das die Berufung der verstorbenen Partei zurückwies) an Stelle des Verstorbenen dessen Rechtsnachfolger zu setzen sind. OLG. 1 124 (KG.).

§ 240. 1. Der Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung von Handelsbüchern zwecks Feststellung der Höhe einer Geldforderung gegen den Schuldner ist vermögensrechtlicher Natur und betrifft die Konkursmasse. OLG. 4 167 (Dresden).

2. Die rechtswirksame Aufnahme kann erst auf Grund und nach der Prüfung der zum Konkurs angemeldeten Forderung stattfinden. RG. 51 97, JW. 02 270.

3. Die Zwangsvollstreckung wird durch den Tod oder Konkurs nicht unterbrochen. OLG. 4 153 (Dresden).

§ 241. 1. Dem Tode des Vertreters steht der Verlust seiner Prozeßfähigkeit gleich. Hellwig, Anspruch S. 280 Note 3.

2. Wird der Konkurs durch Zwangsvergleich aufgehoben, so werden Rechtsstreitigkeiten, die Masseforderungen zum Gegenstande haben, nicht unterbrochen, sondern der bisherige Gemeinschuldner tritt ohne Weiteres als Prozeßpartei ein. RG. 47 373; OLG. 5 89 (Dresden).

§ 242. 1. Analoges gilt, wenn während eines das Fideikommißvermögen betreffenden Prozesses die fideikommissarische Nachfolge eintritt. Hellwig, Rechtskraft S. 150.

Da der Nacherbe Rechtsnachfolger des Vorerben ist (s. Hellwig zu BGB. § 2139), so kann die Sukzession in das Prozeßverhältniß stattfinden, soweit sie nicht verboten ist. Verboten ist sie aber lediglich mit Rücksicht auf den Nacherben. Der Nacherbe kann auch ohne Zustimmung des Gegners jedenfalls aber mit seiner Zustimmung den Prozeß übernehmen. Die Zustimmung des Vorerben ist nicht erforderlich. Hellwig, Rechtskraft S. 235.

§ 246. 1. § 246 giebt dem Gegner ein prozessuales Recht. Darin erschöpft sich die Bedeutung der Vorschrift. Die Partei kann auch ohne Antrag

auf Aussetzung die Legitimation der angeblichen Rechtsnachfolger bemängeln. **RG. 50** 362; JW. 02, 74; DJZ. 02 92.

2. Als durch Prozeßbevollmächtigte vertreten im Sinne des § 246 Abs. 1 CPO. ist eine Partei auch dann anzusehen, wenn sie zwar nicht in der Revisionsinstanz, aber in den beiden unteren Instanzen durch Prozeßbevollmächtigte vertreten war, da diese gemäß § 81 CPO. in der Lage waren, für ordnungsmäßige Vertretung auch in der Revisionsinstanz Sorge zu tragen. Durch den Tod einer so vertretenen Partei in der Revisionsinstanz tritt eine Unterbrechung nicht ein. **RG.** JW. **01** 355.

3. Die Unterbrechung tritt nach § 246 nur dann nicht ein, wenn bereits zur Zeit des Todes der Partei ein Prozeßbevollmächtigter bestellt war. OLG. Colmar, Zeitschr. f. Els.-Lothr. 28 116.

4. Der Prozeßbevollmächtigte kann den Antrag auf Aussetzung im Falle des Verlustes der Prozeßfähigkeit der Partei auch dann stellen, wenn er im Namen des ernannten gesetzlichen Vertreters der Partei aufgetreten ist und in dieser Stellung an einer mündlichen Verhandlung an dem Prozeßgerichte theilgenommen hat. Es besteht keine Zwangswahl zwischen Fortführung und Aussetzung. **RG. 46** 379; JW. **00** 468.

5. Ein Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist so lange zulässig, als nicht das Verfahren durch rechtskräftiges Urtheil abgeschlossen ist. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 92; JW. **00** 341.

6. Ist der Beklagte vor Verkündung des Urtheils verstorben und wird die Aussetzung vor der Zustellung beantragt, so ist, wenn der Kläger die Erben zur Aufnahme des Rechtsstreits ladet und diese im Termine nicht erscheinen, in einem solchen auch nach der neuen Fassung des § 239 durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß der Rechtsstreit von den Erben aufgenommen sei. Ein anderer Inhalt bleibt für ein solches Urtheil nicht übrig, da über die Hauptsache bereits in dem Endurtheil entschieden ist, das vor der Aussetzung ergangen war. Es kann auch in einem solchen Urtheile den Erben nicht mehr die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß des Beklagten vorbehalten werden, wie in anderen Versäumnißurtheilen, sondern es muß ihnen überlassen bleiben, auf Grund dieser Beschränkung Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung zu erheben. OLG. Dresden, Annalen **23** 281.

7. Wenn das Urtheil nach dem Eingange des Antrags auf Aussetzung, aber vor der Entscheidung darüber rechtskräftig wird, so ist die Aussetzung nicht mehr zulässig. OLG. **1** 238 (Königsb.).

§ 248. Das Gesuch um Aussetzung ist auch nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bis zur Rechtskraft des Urtheils zulässig, und ist bis zur Zustellung des Urtheils bei dem Instanzgericht anzubringen, das das Urtheil erlassen hat, nach der Zustellung aber bei der höheren Instanz. **RG.** JW. **00** 341; OLG. Dresden, Annalen **22** 72.

§ 249. 1. Eine während der Unterbrechung des Verfahrens ergangene Entscheidung des Gerichts ist unwirksam. Nach Darlegung, daß eine Prozeßhandlung ohne Rechtswirkung vorgenommen ist, hat das Gericht, in dessen Verfahren die mangelhafte Prozeßhandlung vorgenommen worden ist, die Unwirksamkeit auszusprechen. Die Ansicht, daß die Entscheidung des Gerichts durch Rechtsmittel angefochten werden müsse, ist irrig. Schönfeld R. **01** 585 f.

2. Der § 249 enthält kein öffentliches Prozeßrecht. Auf den Eintritt der Wirkungen kann vielmehr von seiten der Parteien ausdrücklich oder stillschweigend nach § 295 verzichtet werden. **RG. 51** 94.

§ 250. Die Zustellung eines Aufnahmeschriftsatzes ist nicht zwingendes Recht. Das Verfahren ist als aufgenommen zu betrachten, sofern der Wille, den

Prozeß fortzusetzen, bestimmt und unzweideutig im weiteren Verfahren zum Ausdrucke gekommen ist. Es wird alsdann die Zustellung des Urtheils während der Unterbrechung nachträglich geheilt. **RG. 51** 94.

§ 251. 1. § 251 eröffnet nur die Möglichkeit, einen einstweiligen Stillstand des Verfahrens herbeizuführen. Die Vereinbarung, daß der Prozeß auf immer ruhen soll, ist nichtig. Hellwig, Anspruch S. 162.

2. Die Vereinbarung, daß der Prozeß ruhen solle, begründet Stillstand des Verfahrens. Es findet daher § 249 Abs. 1 und Abs. 2 (nicht Abs. 3, der sich nur auf die Unterbrechung bezieht) Anwendung. Die Vorschrift im § 251 Abs. 1 Satz 2 bildet nur eine Ausnahme von den Vorschriften im § 249 Abs. 1, nicht aber einen Beweis für die prozeßrechtliche Wirkungslosigkeit der Vereinbarung (so Kohler, Seuffert). **RG. 49** 349 f.

3. Ein Streit über das Bestehen oder den Inhalt einer solchen Vereinbarung ist durch Beschluß zu erledigen, gegen den nur die Rechtsmittel des § 252 zulässig sind. (Anders Petersen-Anger I S. 492, 494.) **RG. 49** 352.

§ 252. 1. Einer ablehnenden Entscheidung im Sinne des § 252 steht diejenige gleich, durch welche eine verfügte Aussetzung im Beschwerdewege wieder aufgehoben wird. **RG. JW. 01** 327.

2. Gegen den Beschluß, durch den die Abnahme des in einem bedingten Endurtheil auferlegten Eides mit der Begründung abgelehnt wird, das Urtheil sei wegen der von einem Streitgenossen eingelegten Berufung noch nicht rechtskräftig, ist auf Grund des § 252 Beschwerde statthaft, weil die Ablehnung der Eidesabnahme in ihrer Wirkung thatsächlich eine Aussetzung des Verfahrens mittelbar herbeiführt. OLG. **3** 148 (KG.).

3. Als eine Unterbrechung, die in ihrer praktischen Wirkung einer Aussetzung der Verhandlung (§ 179 CPO.) — bei welcher nach § 252 CPO. Beschwerde möglich wäre — gleichkommt, kann nur eine solche angesehen werden, die auf eine lange Dauer berechnet ist. R. **02** 590 (OLG. Frankf.).

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt.

Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel.

Verfahren bis zum Urtheil.

I. Hellwig, Anspruch S. 121 ff. bekämpft die Auffassung, daß die Klagbarkeit und Erzwingbarkeit des Privatrechts eine privatrechtliche Eigenschaft desselben ist. Die Frage nach den Klagvoraussetzungen ist vielmehr eine prozessuale Frage. Die CPO. in ihrer neuen Gestalt regelt nicht nur die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtes zur Klage, sondern auch im Besonderen durchaus die Voraussetzungen der Erlassung eines Feststellungsurtheils. Die Bedingungen der Verurtheilung zu einer Leistung werden in den §§ 257, 259 geregelt; regelmäßig ist es die Begründetheit eines Anspruchs auf eine fällige Leistung, ausnahmsweise auf eine noch nicht fällige Leistung. BGB. §§ 12, 550,

862, 1004, 1134 sind Ausnahmen, die durch § 259 gedeckt werden. Rein prozessual ist BGB. § 1394. Die Vorschriften der materiellen Rechtsordnung, daß zur Herbeiführung einer Rechtsänderung eine Klage erforderlich ist, haben wesentlich die Bedeutung, daß durch sie das richterliche Urtheil als ein Stück des civilrechtlichen relevanten Thatbestandes gefordert wird; sind also materiellrechtlich (z. B. BGB. § 1594).

Voraussetzung der Klage auf Verurtheilung zu einer Leistung („Rechtsschutzbedingung") ist 1. die Bejahung der Frage, ob der Kläger eine Forderung auf die Leistung hat und 2. ob eine Thatsache vorliegt, wegen welcher die Verurtheilung, insbesondere diejenige zu künftiger Leistung, verlangt werden kann. (S. 127 f.).

1. Nach bürgerlichem Rechte entscheidet sich die Frage nach Entstehung, Untergang, Inhalt, Umfang, Fälligkeit ꝛc. des Anspruchs, insbesondere auch nach der Sachlegitimation. Das gilt namentlich für selbständige „Vermögensmassen und Vereine, welche als solche klagen und verklagt werden können". Auch über die Nothwendigkeit, über die Voraussetzung und Wirkung eines konstitutiven Urtheils auf das zu ändernde Rechtsverhältniß entscheidet das bürgerliche Recht (S. 136).

2. Die vom Prozeßrechte bestimmten Rechtsschutzbedingungen bestehen darin, daß „der Rechtsweg" bestimmt ist, daß das Rechtsverhältniß in einer solchen Beziehung zum Inlande steht, daß die Gewährung des Rechtsschutzes als die Aufgabe der inländischen Gerichte erscheint, sodann aber einer bestimmten Gestaltung der konkreten Verhältnisse, welche das Prozeßrecht für genügend erachtet, um eine Klage auf Erlaß eines Urtheils zu verleihen.

Daß das Prozeßrecht das Recht zur Klage verleiht, zeigt sich bei der Feststellungsklage und namentlich bei der negativen Feststellungsklage. Hier mangelt dem Kläger nicht nur jedes materielle Recht, als dessen Ausfluß die Klagebefugniß erscheinen könnte, sondern es fehlt überhaupt an einem zu schützenden Rechtsverhältnisse (S. 171).

Die materiellen Klagevoraussetzungen beurtheilen sich nach dem Rechte des Ort und der Zeit, welches überhaupt in privatrechtlicher Beziehung das zu beurtheilende Rechtsverhältniß bestimmt. Die prozessualen Klagevoraussetzungen aber sind ausschließlich nach demjenigen Prozeßrechte zu bemessen, welches zur Zeit der Aburtheilung für das Prozeßgericht maßgebend ist (S. 132 ff.).

Bei der Frage, ob eine Thatsache zu den materiellen oder prozessualen Klagevoraussetzungen gehört, ist das entscheidende Gewicht auf die sachliche Bedeutung der Vorschrift zu legen (S. 133). Daher finden §§ 257, 259 (siehe zu diesen Paragraphen) sofort Anwendung auf vor dem 1. Januar 1900 entstandene Rechtsverhältnisse und auf ausländische Rechtsverhältnisse, auch wenn das ausländische Recht die Klagbarkeit vor Fälligkeit nicht kennt (S. 134). Anders kann es sich in dieser Beziehung mit den Normen des bisherigen Rechtes verhalten, welche die Befugniß zur prozessualen Rechtsverfolgung mit Beziehung auf die besondere Natur bestimmter Rechtsverhältnisse regeln. Daher bleiben die Grundsätze der CPO. insoweit außer Betracht, als sie ein nach dem BGB. zu beurtheilendes Rechtsverhältniß voraussetzen.

Die materiellen oder prozessualen Klagevoraussetzungen müssen zur Zeit des Urtheils vorhanden sein (Hellwig, Anspruch S. 136 ff.). Das gilt auch für die Sachlegitimation, obwohl gerade in dieser Beziehung Ausnahmen bestehen (CPO. §§ 265, 266 — §§ 326, 327, 342, 343). Der Angreifende siegt daher, wenn das den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältniß bis zum Urtheil entstand oder unbedingt, oder unbefristet, oder fällig wurde oder wenn die prozessualen Klagevoraussetzungen im Laufe des Prozesses eintraten. Eine Thatsache,

die den Prozeßgegenstand unzulässig änderte, bleibt außer Betracht. Bei Fehlen einer Klagevoraussetzung ist die Klage als unbegründet abzuweisen, entweder in dem Sinne, daß der Bestand des materiellen Rechtes, das den Gegenstand des Prozesses bildet, verneint wird, oder als Abweisung „zur Zeit". Abweisung zur Zeit erfolgt, wenn das Recht dem Kläger trotz seines Bestehens nicht die Befugniß gewährt, dasselbe auszuüben (Mangel der Sachlegitimation ohne Mangel der Rechtszuständigkeit); wenn aus einem nicht fälligen Rechte auf gegenwärtige Leistung geklagt wird; endlich wenn der Rechtsweg zur Zeit nicht offensteht oder andere Prozeßvoraussetzungen fehlen. Die Abweisung zur Zeit verneint weder den Bestand des subjektiven Privatrechts, noch stellt es fest, daß dieses besteht; sie verneint vielmehr nur die Befugniß zur klageweisen Geltendmachung des Rechtes auf so lange, als der hemmende Umstand entgegensteht.

Hellwig scheidet die (materiellen) Klagevoraussetzungen von den (prozessualen) Prozeßvoraussetzungen. Er versteht unter den letzteren die Bedingungen dafür, daß eine sachliche Entscheidung über ein behauptetes Klagerecht gefällt werden kann, und zählt dazu nicht die Parteifähigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs und das Nichtvorliegen einer Prozeßeinrede. Eine Abweisung aus einem dieser drei Gründe enthält die Entscheidung, daß ein Klagerecht nicht bestehe oder zur Zeit nicht ausgeübt werden kann, lehnt also nicht wie beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung die Entscheidung ab (S. 141 ff.).

Unter Klagerecht versteht Hellwig, S. 145 ff. das publizistische, das prozessuale Recht zur Klage, die Berechtigung, im Wege der Klage von den Gerichten den Erlaß eines Urtheils bestimmten Inhalts zu verlangen (arg. CPO. §§ 255, 323, 324: „Kann verlangen", „berechtigt, . . . zu verlangen".) Dieses, gegen die Gerichte zustehende Recht unterscheidet sich scharf

1. von dem sogen. abstrakten Klagerecht im Sinne eines Rechtes auf Entscheidung über die Rechtsbehauptung;
2. von dem dem Kläger nach bürgerl. Recht zustehenden Rechte.

Der Inhalt des gegenüber den Gerichten bestehenden Klagerechts ist Gewährung des Rechtsschutzes durch Urtheil. Dieses Klagerecht kann der Beklagte niemals befriedigen; er ist ihm unterworfen, weil er der Staatsgewalt unterworfen ist, nicht deshalb, weil der Angreifer ein prozessuales Recht auf Duldung der Handlung der staatlichen Organe habe (S. 179). Demgemäß hat das Gericht stets von Amtswegen zu prüfen, ob das Klagerecht besteht.

Arten der Klagerechte (S. 151 ff.) giebt es nur insofern, als sie auf Herbeiführung des Feststellungsurtheils, des Vollstreckungsurtheils, des konstitutiven Urtheils gerichtet sein können, nicht insofern es verschiedene Prozeßarten giebt.

Ein Verzicht auf das Klagerecht, der das materielle Recht unberührt läßt, ist nichtig (S. 159), ebenso wie ein im Voraus erklärter Verzicht auf einzelne prozessuale Befugnisse (z. B. auch einzelne Beweismittel), oder auf ein Rechtsmittel gegen ein noch nicht erlassenes Urtheil. Auch der Schiedsvertrag hebt das Klagerecht nicht auf, auch nicht etwa temporär, sondern bewirkt nur, daß der Beklagte die gerichtliche Entscheidung über das betr. Rechtsverhältniß einstweilen ablehnen kann (CPO. § 274 II Nr. 3), wie auch nach § 274 II Nr. 5 und 6 und BGB. § 272 III. Auf das materielle Recht wirken diese Prozeßeinreden nicht ein. Nichtig ist auch eine Vereinbarung, daß der Prozeß auf immer ruhen solle, da CPO. § 251 nur einen einstweiligen Stillstand des Verfahrens für möglich erklärt (S. 162). Das Klagerecht erlischt, wenn seine prozessualen Voraussetzungen (z. B. Feststellungsinteressen) wegfallen, sowie, wenn es durch das Urtheil befriedigt ist (S. 164 ff.). Eine Wiederholung der Klage ist ausgeschlossen. Das gilt bei konstitutiven Urtheilen, da die mit der Klage bezweckte Rechtsänderung eingetreten, bei Feststellungsurtheilen, außer wenn nachträglich

eine neue Thatsache eingetreten ist, welche ein neues Interesse an der Feststellung hervorrief; das gilt auch namentlich bei der Leistungsklage (arg. CPO §§ 733; 731; 722), wenn der Kläger vom Gerichte dasselbe Urtheil begehrt, welches ihm schon geworden ist. Hat aber die Rechtsverfolgung für oder gegen einen Dritten, dem gegenüber die Verurtheilung Rechtskraft schafft, stattzufinden oder ist aus anderen Gründen wegen desselben Anspruchs nochmals zu klagen, so ist dies zwar zulässig, aber wegen § 733 nur bei dem Prozeßgericht erster Instanz (S. 177).

Ueber die besonderen Klagevoraussetzungen führt Hellwig (S. 346 ff.) folgendes aus:

1. Die Klage auf Verurtheilung setzt voraus, daß dem Kläger bei Schluß der Verhandlung der geltend gemachte Anspruch auf eine positive Leistung ein als fälliger zusteht und der Kläger die Aktiv- und der Beklagte die Passivlegitimation für die Ausübung der Forderung besitzt (S. 349 ff.). Eine Klage auf Unterlassung ist nur für die Zukunft denkbar und daher aus CPO. § 259 zu beurtheilen, S. 351 (arg. CPO. § 890). Eine Verletzung des Anspruchs durch den Schuldner ist nicht möglich (S. 352). Alle Thatsachen, welche nicht das Entstehen und Bestehen des fälligen Anspruchs betreffen, berühren nicht die Frage nach der Begründetheit des Klagerechts, sondern lediglich die Frage, ob der Kläger Veranlassung hatte, von dem begründeten Rechte auf Verurtheilung Gebrauch zu machen (S. 353).

2. Ueber die Klage auf künftige Leistung siehe Hellwig zu §§ 257, 259 CPO.

3. Ueber die Klage auf Feststellung siehe Hellwig zu § 256 CPO.

4. Klagen auf Erlaß eines konstitutiven Urtheils (Hellwig, Anspruch S. 444 ff.

Gegenstand dieser Klagen ist im Gegensatz zu § 894 (siehe Hellwig zu § 894 CPO.), das materielle Recht auf Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses (kein Anspruch i. S. CPO. S. 406). Rechtshängig wird nur dasjenige Recht auf Herbeiführung der Rechtsänderung, welches in der Klage geltend gemacht wurde (S. 460). Beispiele für Begründung: BGB. §§ 1425, 1547, 1549, 315 III, 319 I S. 2, HGB. § 142, CPO. § 1029 II; — für Aufhebung: BGB. §§ 1564, 1418, 1468, 1469, 1495, 1542, 1549, HGB. §§ 117, 127, 133, 140; Ges. v. 14. März 1875, §§ 49, 50; RGes. v. 20. April 1892, §§ 61, 62. Patent-Ges. v. 7. April 1891 § 28; RGes. v. 12. Mai 1894 § 9 I Nr. 2, 3; RGes. v. 1. Juni 1891 § 6 II 1; HGB. § 309; Genoss.-Gesetz v. 1. Mai 1889 §§ 94, 97; Ges. ü. d. Gesellsch. m. beschr. H. § 75a (Wirkung ex nunc); — BGB. §§ 2340, 343, 655; HGB. § 741, 271; RGenoss.-Ges. v. 1. Mai 1889/1898 § 51; BGB. §§ 1341 I, 1596, 1591, 1329; Pat.-Ges. § 28; Ges. v. 12. Mai 1894 § 9 I Nr. 1; Ges. v. 1. Juni 1891 § 6 I (Wirkung ex tunc).

Das Recht, die Rechtsänderung herbeizuführen, ist scharf zu trennen, von dem gegenüber dem Gerichte bestehenden Klagerecht, d. h. dem Rechte, auf Grund des Rechtes auf Rechtsänderung die Erlassung des konstitutiven Urtheils zu fordern (S. 467). Die in der Klageerhebung als der vorgeschriebenen Form erfolgende Erklärung und das Urtheil bilden den Thatbestand, von dem das bürgerliche Recht den Eintritt der herbeizuführenden Rechtsänderung abhängig macht (S. 467). Erst mit der Rechtskraft des Urtheils tritt die Rechtsänderung ein; die Klagerhebung hat auch bei den ex tunc wirkenden Aufhebungsrechten materiell keine Bedeutung, S. 468 (arg. BGB. § 2344 I mit § 2342 II, § 1343 II). Daher wird die Klagerhebung zu einen bedeutungslosen Akt, wenn die Klage zurückgenommen wird (arg. BGB. § 1341 II, 1596 II) und die Klage ist als unbegründet abzuweisen, wenn das Aufhebungsrecht vor Fällung der Entscheidung

untergeht (S. 464 ff.). Ja sogar, wenn das Urtheil bereits gefällt ist, kann es seine konstitutive Kraft nicht mehr entfalten, wenn die Rechtsänderung vor dem Eintritte der Rechtsänderung anderweit herbeigeführt wird; der Prozeß „erledigt" sich insoweit.

Der Inhalt des konstitutiven Urtheils ist die Aburtheilung über das geltend gemachte Recht auf Rechtsänderung (S. 473). Die Abweisung der unbegründeten Klage ist die Verneinung dieses behaupteten Rechtes; nur darauf bezieht sich die Rechtskraft, nicht auf das Rechtsverhältniß, auf dessen Aenderung das geltend gemachte Recht geht. Das der Klage stattgebende Urtheil ist Vollstreckungsakt; es spricht die Rechtsänderung direkt aus und führt sie durch die dem Richterspruche beigelegte Kraft selbst herbei (S. 475 ff.). Bildet die Verwirklichung des klägerischen Rechtes den eigentlichen Inhalt des konstitutiven Urtheils, so versteht es sich von selbst, daß das Gericht die Rechtsnormirung nur dann zu vollziehen hat, wenn die sofortige Rechtsänderung möglich ist (d. h. der Prozeß zwischen den zur Sache legitimirten Personen geführt ist) und dem Prozeßrichter zusteht (S. 476).

Das Recht auf Rechtsänderung, welches das Urtheil bejaht, wird mit dem Eintritte der Rechtskraft aufgehoben, weil es in diesem Augenblicke verwirklicht und somit verbraucht ist (S. 479 f.). Das Urtheil enthält also die Bejahung des Bestandenhabens des Rechtes auf Rechtsänderung, die Feststellung, daß dieses rechtmäßig herbeigeführt worden ist. Dagegen werden die Voraussetzungen, von welchen das Recht auf Rechtsänderung abhängt, nicht rechtskräftig festgestellt. Die feststellende Wirkung des Urtheils wirkt auch hier Rechtskraft nur inter partes. Die Rechtsänderung aber, welche das konstitutive Urtheil herbeigeführt, wirkt als rechtsgestaltender Staatsakt für und wider Alles, wie die Ersetzung einer Willenserklärung (S. 480).

Hellwig S. 482 hält auch CPO. §§ 93, 94 für anwendbar.

Konstitutiver Natur sind auch die sogen. Rechtsmittelklagen, d. h. die Klagen, die das Mittel sind zur Geltendmachung des Widerspruchs gegen Prozeßmaßnahmen. Die aufgehobene oder abgeänderte Entscheidung bleibt so lange wirksam, bis der abändernde Beschluß oder das neue Urtheil rechtskräftig geworden ist (Hellwig S. 485 ff.; siehe dazu auch Hellwig, Rechtskraft S. 2 ff.

II. Langheineken, Der Urtheilsanspruch: Das Klagerecht (der Urtheilsanspruch) ist das publizistische subjektive Recht gegen den Staat in seiner gerichtsbarkeitlichen Funktion auf ein dem Rechtsschutzsucher günstiges, endgültiges richterliches Urtheil in einem civilen Rechtsstreite (S. 45). Es hat zwei Existenzvoraussetzungen: die eine ist thatsächlicher Natur, der Klagegrund, d. h. der das Rechtsschutzinteresse begründende Thatbestand; die andere ist rein rechtlicher Natur, die generelle Anerkennung des in concreto objektiv begründeten Rechtsschutzinteresses durch das Prozeßrecht, d. h. die rechtliche Anerkennung jenes Thatbestandes als geeignet zur Begründung eines schutzwürdigen Interesses eines Rechtes auf ein Urtheil bestimmten Inhalts (S. 51, 21). Weiterhin sind für die erfolgreiche Durchführung eines existenten Klagerechts vom Prozeßrechte noch gewisse Erfordernisse, theils formeller, theils materieller Art, aufgestellt (S. 53 f., 25 ff.). Diese Realisationsbedingungen bilden zusammen mit der rechtlichen Existenzvoraussetzung die „Prozeßvoraussetzungen" (S. 63 ff.). Der Klagegrund zerfällt in den „engeren Klagegrund", d. i. die Gesammtheit der den konkreten Klagegegenstand individualisirenden Thatsachen, und in den „engeren Rechtsschutzgrund" (S. 51 f.); nur eine Aenderung des ersteren enthält eine Klagänderung im Sinne von § 264 (S. 51 Anm. 2). — Die Eintheilung der Klagen hat zu erfolgen nach der Verschiedenheit des begrifflich wesentlichen Urtheilsinhalts, und zwar in Feststellungsklagen, Leistungsklagen und Bewirkungsklagen (S. 93 ff.).

III. Kohler, Prozeßhandlung und Civilrechtswirkung, in Buschs Z. 29 1 ff. führt aus:

Civilistische Rechtswirkungen können durch prozessuale Handlungen erregt werden. Was Theil des Prozesses ist, verliert seine ursprüngliche Natur und wird prozessual. Solche Prozeßhandlungen mit civilrechtlicher Wirkung können sein:

a) das Rechtsgeschäft der Klage,

b) die Rechtshandlung der Einrede,

c) die lösenden Rechtsgeschäfte: Anerkenntniß, Verzicht, Prozeßvergleich,

d) einige sonstige Rechtshandlungen.

A. Klage.

1. Die Klage als Anspruchsklage*) kann in verschiedener Weise zu civilrechtlichen Wirkungen verwendet werden (4 ff.);

a) sie kann als Leistungsklage civilrechtlich wirken,

b) als Aufrechnung,

c) als Anfechtung,

d) als Kündigung,

e) als Rücktritt.

Dadurch, daß ein Anspruch eingeklagt wird, erfährt er eine dem Civilrecht unbekannte Steigerung. Die Klage ist nicht, wie Hellwig und Langheineken annehmen, Ausschluß eines Klagerechts. Nicht die Klage, wohl aber die civilistische Folge der Klage ist Ausschluß des Klagerechts, aber nicht eines prozessualen Klagerechts, sondern des civilistischen Anspruchsrechts. Die Klage bringt dem vorhandenen Anspruch eine Steigerung, und der Anspruchsberechtigte hat ein Recht, durch Klagerhebung die Steigerung herbeizuführen. Der Beklagte behält zwar nach Erhebung der Klage noch die vom Gegner begehrte Sache, allein er wird obligationsrechtlich so behandelt, als ob er die Sache als Sache des Klägers in Händen hätte. Konsequenzen: BGB. §§ 209, 941; 987, 989, 292, 818; 994, 292, 818; 291, 668, 681; 847, 1300, 1613, CPO. § 852; BGB. §§ 1435, 1344, CPO. §§ 741, 742; CPO. § 323 Abs. 3.

Entsprechend dem §§ 291 BGB. kann auch erst vom Fälligkeitstag an eine Fruchthaftung bestehen. Ruht der Prozeß, so können in der Zwischenzeit weder Zinsen noch Früchte verfallen (ex anal. §§ 211, 941 BGB.).

2. Die Feststellungsklage enthält eine derartige civilistische Rechtshandlung nicht in sich (8 ff.). Das Civilrecht kann allerdings das Feststellungsurtheil zur Bedingung eines Rechtserfolges bestimmen. Das ist der Fall beim Ehenichtigkeitsurtheile, bei der verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitsklage gegen ein Patent (PG. § 10 Nr. 1, 2), bei der Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs (CPO. §§ 1041 ff.) und der Klage auf Vollstreckungsurtheil (CPO. §§ 722, 328, 1042) sowie schließlich die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel. Unrichtig ist es, von konstitutiven Urtheilen zu reden: die res iudicata ist nicht Ursache, sondern Bedingung.

3. Auch die Leistungsklage kann, insofern sie eine Feststellungsklage enthält, als Bedingung für eine rechtliche Wirkung in Betracht kommen (jede Anspruchsklage enthält eine Feststellungsklage sammt einem plus). Hierher gehört (14 ff.):

a) die Vollstreckungsgegenklage,

b) die Anfechtung des Theilungsplans,

c) die Anfechtung der Vorschuß- und Nachschußberechnung im Genossenschaftskonkurse, §§ 111 ff. GenG.,

d) die Aussonderungsklage des § 771 CPO.

*) Anspruchsklage ist nach Kohler nicht nur die Klage, die eine Leistung begehrt (Leistungsklage), sondern jede, die zur Verwirklichung eines civilistischen Rechtes bestimmt ist.

Die **Aufrechnung** kann in der Form der Klage wie in der der Einrede geschehen. Rechnet der Kläger in der Klage auf und begehrt Feststellung der Tilgung der Gegenforderung, so ist dies keine Feststellungs-, sondern Anspruchsklage (16, 17).

5. Auch die **Anfechtung** kann regelmäßig in Form der Klage erfolgen (17 ff.). Ausgeschlossen ist dies, wenn sie durch Erklärung gegenüber einer Behörde vorgenommen werden muß, z. B. gegenüber dem Nachlaßgericht, in anderen Fällen ist die Form der Klage wiederum die einzig mögliche (BGB. §§ 1341, 1596, 1599, 2342 u. s. w.). Es versteht sich von selbst, daß die Anfechtung durch Klage den Regeln der Klage folgt: sie ist gültig, wenn sie als Klage gültig ist, sie verschwindet, wenn die Klage zurückgenommen wird. Die Anfechtung hört auf, wenn die Klage nicht bis zum Urtheile durchgeführt wird.

Das Urtheil besagt, falls die Anfechtung durchgeführt wird und sich als civilistisch begründet erweist, Folgendes: es setzt fest:

a) daß die Anfechtung richtig, d. h. aus richtigem Grunde und in richtiger Form geschehen und bis zuletzt durchgeführt ist,
b) daß, da die Anfechtung richtig geschehen ist, das Rechtsgeschäft hiernach nichtig oder das Rechtsverhältniß nichtig und ohne rechtliche Folgen sei.

Die zweite Festsetzung ergiebt sich mit nothwendiger Folge schon aus der ersten; sie könnte auch fehlen, allein sie ist volksthümlich und macht die Sache auch dem Laien klar. Das Wirksame ist also die in der Klage enthaltene **Parteierklärung**, nicht das Urtheil. Die entgegengesetzte, von konstitutiven Urtheilen redende Theorie fehlt schon darin, daß sie die Einheit des Rechtes bricht und die Anfechtung, die durch Civilhandlung, und die Anfechtung, die durch Klage erfolgt, hier wesentlich verschiedene Dinge erklärt. Sie steht auch mit der Fassung des BGB. in Widerspruch.

6. Mit der Anfechtungsklage haben nichts zu thun die Nichtigkeits- und Restitutionsklage, die landgerichtliche Klage im Entmündigungswesen und die landgerichtliche Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren: hier ist die Klage nur formell Klage, in der That ist sie das Mittel zur Erzielung einer Entscheidung desselben oder eines höheren Gerichts in einem und demselben Rechtsstreit, oder doch materiell in einem und demselben schwebenden Verhältnisse. Hierher gehört auch der Fall der §§ 323, 324: hier trägt das Urtheil einen Vorbehalt in sich.

7. Auch die **Kündigung** muß mehrfach in Form der Klage erfolgen (23 ff.). Der Sprachgebrauch unserer Gesetze ist hier viel weniger korrekt als bei der Anfechtung: sie sprechen von Aufhebung, Auflösung, Entziehung. Hierher gehören:

a) die Kündigung einer offenen Handelsgesellschaft,
b) die Klagen auf Aufhebung des bisherigen Gütersystems (BGB. §§ 1418, 1468, 1469, 1542, 1549, 1435),
c) die Klage auf Wiederherstellung des gesetzlichen Güterrechts und die Klage auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft.

8. Auch der **Rücktritt** kann durch Klage erfolgen (26). Für die **Wandelung** gilt die Besonderheit, daß sie nicht durch einseitige Erklärung erfolgt, sondern durch Vertrag. Bei außergerichtlicher Wandelungserklärung kann der Käufer bis zur Erklärung des Einverständnisses zurücktreten und Minderung verlangen. Erfolgt dagegen die Wandelungserklärung durch Klage, so kann der Käufer die Erklärung nur so lange zurücknehmen, als er die Klage zurücknehmen kann.

9. Auch von **dritter Seite** kann auf das Rechtsverhältniß eingewirkt werden: Entziehung des Notenrechts (§§ 49 ff. BankG.) und Gläubigeranfechtung. Die Anfechtung kann seit dem 1. 1. 1900 gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen (28).

B. Einrede.

Die Aufrechnung kann durch Einrede erfolgen. Sie ist dann Prozeßhandlung, wird von der Prozeßvollmacht gedeckt, kann eventuell vorgebracht werden; sie wird unwirksam, wenn die Klage zurückgenommen wird oder sonst der Prozeß auseinanderfällt. Das BGB. bezweckt nicht, den Prozeß und die Wirkungen der Prozeßhandlungen durchgreifend zu regeln (29 ff.).

Eine Anfechtung oder Kündigung kann nicht durch Einrede erfolgen, und zwar auch dann nicht, wenn das Gesetz die Form der Klage nicht verlangt. Die Einrede würde die Anfechtung (oder Kündigung) nur nach einer Richtung hin durchführen, nämlich um den Klaganspruch zu vernichten, nach allen anderen Seiten aber würde sie nicht wirken. Eine solche theilweise Durchführung ist unzulässig (32).

Das gilt auch von der Wandelung wegen Sachmängel, jedoch mit einer wichtigen Ausnahme. Liegt der Fall so, daß der Käufer durch Wandelung einfach von der Zahlung des Kaufpreises frei wird (ohne Rückgabe der Sache), sei es, daß die Sache überhaupt noch nicht übergeben, sei es, daß sie untergegangen ist, so kann der Käufer in einem Falle die Wandelung auch durch Einrede bewirken, wenn nämlich die Wandelungsklage verjährt ist, da in diesem Falle die einzige Bedeutung der Wandelung in der Nichtbezahlung des noch rückständigen Kaufpreises ist (33).

C. Lösende Rechtsgeschäfte.

1. Verzicht, Anerkenntniß, Vergleich sind prozessuale Rechtshandlungen mit civilrechtlicher Wirkung. Der Verzicht ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Prozeß und er ist es auch dann, wenn nach Civilrecht ein Vertrag nothwendig wäre. Der prozessuale Verzicht bedarf nicht der Form des civilistischen; der Eigenthumsverzicht wirkt also, was unbewegliche Sachen betrifft, ohne Eintragung in das Grundbuch, und bei beweglichen ohne Besitzaufgabe. Ebenso verhält es sich mit dem Anerkenntnisse. Beide Rechtsgeschäfte wirken nicht prozeßerledigend. Stimmt der andere Theil vertragsmäßig zu, so entsteht ein Prozeßvergleich. Beide Rechtsgeschäfte unterliegen den Formen und den Voraussetzungen des Prozesses (34 ff.).

2. Das Prozeßrechtsgeschäft des Vergleichs wirkt zunächst civilistisch, aber bewirkt auch Prozeßabschluß (39 ff.). Er ersetzt nicht das Urtheil (so Paul), sondern verdrängt es. Als Prozeßrechtsgeschäft unterliegt der Prozeßvergleich den Regeln des Prozesses, z. B. in Bezug auf die Prozeßvollmacht. Die Wirkung aber ist zunächst civilrechtlich (41):

a) für den Inhalt des Vergleichs ist das Civilrecht maßgeblich,
b) ebenso für die Frage, ob der Vergleich erlaubt ist oder nicht und insbesondere, ob der Gegenstand des Prozesses sich zum Vergleich eignet,
c) ist der Vergleich nach Civilrecht unwirksam, so ist auch der Prozeßvergleich unwirksam; ist er anfechtbar, so ist es auch der Prozeßvergleich; dies gilt insbesondere im Falle des § 779 BGB.,
d) wird der Vergleich durch Uebereinkunft der Parteien zurückgenommen, so ist auch die Beendigung des Prozesses zurückgenommen und der Prozeß wird fortgesetzt.

Unter den Begriff des Vergleichs gehört es auch, wenn es nicht bei der einseitigen Handlung des Anerkenntnisses oder des Verzichts verbleibt, sondern diese durch gemeinsames Einvernehmen beider Theile zum Vertrag erhoben wird. Zum Prozeßvergleiche gehört nicht ein gegenseitiges Nachgeben, nicht eine subjektive Ungewißheit über die Existenz der Forderung und noch weniger eine objektive (42/44). Eine Anfechtung des Prozeßvergleichs muß in den Formen des Prozesses erfolgen, sie kann also nicht durch einfache ankunftsbedürftige Erklärung,

sondern nur durch die Erklärung in Prozeßform erfolgen. Es muß sonach einfach der eine Theil den andern zur Fortsetzung des Prozesses laden und hierbei zur Geltung bringen, daß der Vertrag nichtig und mithin der Prozeß noch nicht erledigt sei.

D. Sonstige Prozeßhandlungen.

Auch noch andere Prozeßhandlungen haben civilistische Wirkungen:

a) die Rechtshandlungen im § 209 Nr. 2, 4, 5 BGB.,

b) der Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises.

IV. Hölder, Anspruch und Klagerecht, in Buschs Z. 29 50 ff.

Der Anspruch als ein solcher, für dessen Durchsetzung das Mittel der gerichtlichen Klage zu Gebote steht, heißt auch Klagerecht. Die Klagbarkeit ist eine dem Anspruch als solchem zukommende Eigenschaft.

Zu den Feststellungsklagen gehören die Anfechtungsklagen nicht, weil das Anfechtungsrecht als solches Klagerecht ist. Sie unterscheiden sich jedoch nicht nur von einer Leistungsklage, sondern ebenso vom Verlangen einer durch den Richter zu vollziehenden Rechtsänderung dadurch, daß sie nicht eine Aenderung eines bestehenden Zustandes, sondern lediglich eine Konstatirung eines solchen bezwecken.

Einem gerichtlich geltend gemachten Anspruche gegenüber muß die Anfechtung durch Prozeßhandlung möglich sein, ohne daß es darauf ankommt, ob die Erfordernisse einer privaten Willenserklärung an die andere Partei zutreffen.

V. Sintenis in Buschs Z. 30 358 f. behandelt den simulirten Prozeß.

Es ist zu unterscheiden der typische Scheinprozeß vom simulirten Prozesse. Das Wesen des typischen Scheinprozesses liegt in der Benutzung des Prozesses zu rechtsgeschäftlichen Zwecken. Die Täuschungsabsicht der Parteien ist unwesentlich oder gar nicht vorhanden. Der Scheinprozeß unterscheidet sich dadurch vom simulirten Prozesse, daß beim letzteren die Parteien weder die Prozeßrechtsfolge, noch eine sonstige Rechtsfolge überhaupt wollen, beim ersteren die Parteien zwar auch nicht die Prozeßfolge, wohl aber irgend eine andere Rechtsfolge wollen. Der typische Scheinprozeß entspringt einem allgemeinen Verkehrsbedürfnisse (in iure cessio; Auflassung in der ursprünglichen Form; guarentigia). Im heutigen Rechte hat der typische Scheinprozeß keine Bedeutung mehr, wohl aber der simulirte Prozeß.

Der Prozeß ist dreiseitiges Rechtsverhältniß. Der prozeßbegründende Vorgang ist die Klagerhebung. Weder der Beklagte noch das Gericht wirkt hierbei mit, insbesondere liegt in der Terminsansetzung keine Annahme der Klage. Der Richter darf die Klage nur daraufhin prüfen, ob der Kläger mit der Ladung einen ernsthaften Prozeß herbeiführen will. Die Klagerhebung ist Rechtsgeschäft, die Klage empfangsbedürftige Willenserklärung, und zwar doppelt empfangsbedürftig: seitens des Beklagten wie auch seitens des Gerichts. Daraus folgt, daß von einem simulirten Prozesse keine Rede sein kann, wenn Kläger lediglich im Einverständnisse mit dem Beklagten handelt und das Gericht keine Kenntniß von der Simulation hat. Es handelt sich hier um einen echten Prozeß (ebenso Kohler, Engelmann; anderer Ansicht Degenkolb). Das in einem solchen Prozesse ergehende Urtheil ist gültig und vollwirksam. Ein simulirtes Urtheil ist noch viel undenkbarer als ein simulirter Prozeß. Die entgegenstehende Ansicht des Reichsgerichts (vgl. RG. 36 249 ff.), widerspricht dem Zwecke des Civilprozeßrechts. Die Simulationsabrede äußert ihre Wirksamkeit erst im Stadium der Zwangsvollstreckung; sie schließt die Zwangsvollstreckung von vornherein aus oder beschränkt sie. Ein solcher Vertrag ist gültig, er verstößt nicht gegen die guten Sitten. Das Karakteristische des simulirten Prozesses im engeren Sinne — d. i. Beschränkung der Simulation auf die Parteien — liegt also darin, daß der „Gläubiger" sich gültig verpflichtet, keine Zwangsvollstreckung aus dem ergehenden Urtheile vorzunehmen.

Wie gestaltet sich die Sache, wenn das Gericht früher oder später in die Absicht der Parteien, den Prozeß nur zum Scheine zu führen, eingeweiht wird? Erklärt der Kläger bereits in der Klage, daß er den Prozeß nur zum Scheine führe, so liegt keine Klage vor, und der Vorsitzende darf Termin nicht anberaumen. Aber auch dann, wenn das Gericht erst im Laufe des Prozesses von der Nicht-Ernstlichkeit des Rechtsstreits erfährt, kann es zu keinem Urtheile kommen.

Was die Kosten anlangt, so darf der stillschweigende Wille der Parteien in der Regel dahin interpretirt werden, daß die Kosten gleichmäßig zu tragen sind.

Wenn sich auch das Gericht an der Simulation betheiligt und das Einverständniß nur zwischen dem Gericht und einer Partei besteht, so kann von einer Simulation im rechtlichen Sinne nicht gesprochen werden. Es greift jedoch § 580 Ziff. 5 der CPO. ein. Wenn beide Parteien im Einverständnisse mit dem Richter ein simulirtes Urtheil vereinbaren, so muß ein solcher Vertrag unter allen Umständen als gegen die guten Sitten verstoßend und daher als nichtig angesehen werden.

§ 253. I. Der „Anspruch" in dem besonderen Sinne der CPO. stellt sich im Gegensatze zu dem § 194 BGB. als ein als bestehend behauptetes oder — bei der negativen Feststellungsklage — negiertes Recht dar. Hellwig, Anspruch 156 ff. und zwar jedes Recht, nicht nur das Recht auf eine Leistung. Anspr. i. S d. CPO. ist also das Urtheilsbegehren im Sinne dessen, was begehrt wird, was der Richter dem Kläger „zusprechen" soll. Dieser Anspruch ist mit dem vor § 253 erörterten Klagerechte nicht identisch. Denn das Klagerecht ist das zum Schutze und zur Verwirklichung des „Anspruchs" gegebene publizistische Recht.

Nur über diese Rechtsbehauptung, über sie aber auch schlechthin, wird entschieden. Prozeßgegenstand ist nicht etwa nur die Frage, ob der von dem Kläger erhobene „Anspruch" mit Rücksicht auf die von ihm behaupteten Thatsachen und auf die vom Beklagten geltend gemachten Gegenthatsachen existirt. Vielmehr haben die angeführten Klagethatsachen nur die Bedeutung, daß aus ihnen im Zweifelsfalle zu bestimmen war, über welchen „Anspruch" zu entscheiden war und entschieden wurde. Diese Individualisirung des Prozeßgegenstandes muß bereits die Klageschrift enthalten, und alles thatsächliche Vorbringen, das ihn verändert, enthält eine Klagänderung. Hellwig, Rechtskraft 11 Note 28.

II. Hugo Weizsäcker, Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift in Buschs Z. 27 20 ff. führt aus: Die Praxis bietet nicht selten die Erscheinung, daß „der Kaufmann Friedrich Wilhelm Schulze in X." klagt und im Laufe des Prozesses sich herausstellt, daß er schon längst gestorben ist und seine Wittwe, die das Geschäft weiterführt, sich des Namens ihres verstorbenen Ehemanns fortbedient. Wenn nun auch, sofern die Voraussetzungen der §§ 22, 17 HGB. vorliegen, eine Klage Namens „der Firma Friedrich Wilhelm Schulze in X." statthaft wäre, so ist doch eine Klage unzulässig, welche die Person des Verstorbenen als Klägers namhaft macht.

Es handelt sich dabei um einen Fall unrichtiger Klagerhebung, welche den Fällen verwandt ist, wenn z. B. der Klageschrift der Antrag fehlt oder wenn hinsichtlich der Parteifähigkeit oder Prozeßfähigkeit einer Partei, hinsichtlich der Legitimation eines gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters Klagemängel vorliegen. In allen diesen Fällen liegen Mängel vor, welche das Zustandekommen eines Prozeßrechtsverhältnisses (im Sinne Oskar Bülows) hindern, nämlich Mängel in dem Prozeßbegründungsgeschäfte (dem Akte der Klagerhebung) oder in dem Prozeßvoraussetzungen i. e. S. (der Prozeßfähigkeit u. s. w.). Sofern — was im mündlichen Verfahren die Regel ist — solche Mängel erst nach der Klage-

zustellung in der mündlichen Verhandlung geprüft werden, so erfolgt die Abweisung der Klage, und zwar durch Urtheil, am besten in Anlehnung an einen älteren Sprachgebrauch mit der Formulirung, daß „die Klage nicht statthaft" oder daß „das Verfahren eingestellt wird". Die Urtheilsform wird deshalb angewandt, weil das Urtheil in Rechtskraft überzugehen bestimmt ist und dadurch eine definitive Beendigung des Prozesses ermöglicht wird, was hauptsächlich im Interesse des durch die Klage angegriffenen Beklagten liegt. Das gilt nicht nur bei Mängeln in den Prozeßvoraussetzungen i. e. S., sondern auch dann, wenn die Klageschrift oder der Akt der Klagezustellung Mängel haben. Die Voraussetzung des Urtheils ist nur, daß eine, wenn auch mangelhafte, Klage in einer, wenn auch mangelhaften Weise dem Gegner mitgetheilt ist. Es kann aber sein, daß ein solches Urtheil aus anderen Gründen nicht möglich ist, z. B. weil das Urtheil nach § 313 CPO. die Bezeichnung der Parteien enthalten muß, die richtige Bezeichnung der Parteien aber nicht festzustellen ist (ein weiteres Beispiel s. im Folgenden). Dann bleibt nur übrig, daß der Richter den Parteien eröffnet, er könne nicht verhandeln. Es kann dann nur noch in Frage kommen, ob die Person, welche das Verfahren veranlaßt hat, in diesem Verfahren zur Kostentragung zu verurtheilen ist (darüber s. weiter unten).

Was nun speziell den Eingangs erwähnten Fall der unrichtigen Parteibezeichnung betrifft, so ist ein Doppeltes möglich.

Es kann sein, daß nur falsa demonstratio vorliegt, indem die Wittwe Schulze sich aus Flüchtigkeit in der Klage als „Kaufmann Friedrich Wilhelm Schulze" bezeichnet hat. Während im Privatrechte die falsa demonstratio nicht schadet, ist im Prozesse das Umgekehrte der Fall. Der Beklagte kann zwar einwilligen, daß die Bezeichnung der Klägerin berichtigt wird. Thut er dies aber nicht, so ist die Wittwe Schulze durch Urtheil kostenpflichtig mit der Klage abzuweisen. — Analog ist es zu beurtheilen, wenn Jemand, der die Wittwe Schulze als Inhaberin des Geschäfts kennt, gleichwohl die Klage aus Flüchtigkeit gegen „den Kaufmann Friedrich Wilhelm Schulze" richtet.

Der Thatbestand kann aber auch anders liegen. Der Gläubiger, welcher an einem anderen Orte wohnt, ist über die persönlichen Verhältnisse der Gegenpartei vielleicht unvollkommen unterrichtet und hat stets angenommen, daß er thatsächlich mit einem Kaufmann Friedrich Wilhelm Schulze in Geschäftsverbindung stehe. Deshalb hat er auch gegen diesen die Klage gerichtet und erfährt erst im Termine, daß nicht ein Kaufmann Friedrich Wilhelm Schulze, sondern dessen Wittwe, welcher die Klage auch zugestellt worden ist, die Inhaberin des Geschäfts sei. Hier liegt keine falsa demonstratio, sondern Irrthum über die Person vor. Entsprechend ähnlichen Fällen auf dem Gebiete des Privatrechts und des Strafrechts, ist hier anzunehmen, daß eine thatsächlich nicht existirende Person verklagt ist. Ein Urtheil zwischer dem Kläger und dieser Person ist nicht möglich. Dem Richter bleibt insoweit nichts übrig, als zu eröffnen, daß er nicht weiter verhandeln könne. Zugleich kann er auf Antrag der Wittwe Schulze als unmittelbarer Interessentin ein Urtheil dahin erlassen, daß die Klage ihr gegenüber nicht statthabe, und daß die ihr entstandenen Kosten dem Kläger auferlegt würden. Auch wenn der Kläger darin willigen würde, könnte die Wittwe Schulze nicht nachträglich in den Prozeß eintreten (s. dagegen unten III 1). Denn ein solcher Wechsel der Personen im Laufe des Rechtsstreits ist — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen der Parteisukzession — unstatthaft. — Auch auf der Klägerseite ist ein im Ergebniß ähnlicher Thatbestand möglich. Die Wittwe Schulze beauftragt einen Rechtsanwalt, der an einem anderen Orte wohnt, mit der Anstrengung einer Klage und unterzeichnet das betreffende Schreiben mit „Friedrich Wilhelm Schulze". Der Rechts-

anwalt nimmt an, daß sein Mandant ein „Kaufmann Friedrich Wilhelm Schulze" sei, und wählt dementsprechend die Bezeichnung des Klägers in der Klageschrift. Auch hier kann der Richter nur eröffnen, daß er nicht weiter verhandeln könne. Da der Rechtsanwalt Namens einer nicht existirenden Person und ohne Vollmacht geklagt hat, — denn bevollmächtigt war er ja doch nur, Namens der **Wittwe** Schulze oder Namens der **Firma** Friedrich Wilhelm Schulze zu klagen, — so ist er (auch wenn die Voraussetzungen der §§ 89, 102 CPO. nicht vorliegen) gleichzeitig auf Antrag des Beklagten durch Urtheil zur Tragung der dem Beklagten entstandenen Kosten zu verurtheilen, — selbstverständlich vorbehaltlich des Regresses gegen seinen Mandanten.

III. 1. Das Fehlen der gesetzlichen Klagerfordernisse des § 253 kann durch den ohne Widerspruch des Beklagten erfolgten mündlichen Vertrag gemäß § 295 CPO. geheilt werden. Insbesondere kann in der mündlichen Verhandlung eine Aenderung der Prozeßsubjekte, z. B. des Beklagten durch Klagänderung, herbeigeführt werden. **RG. JW. 01** 651.

2. a) Die Zustellung einer schriftlichen Klage ist nicht schlechterdings unentbehrlich; sie ist im Interesse der beklagten Partei vorgeschrieben. Begnügt sich diese mit dem bloß mündlichen Vortrage der Klage, so ist der Mangel der Schriftlichkeit geheilt. OLG. **3** 136 (Marienw.).

b) Stirbt der Kläger vor Zustellung der Klage, so ist eine Klage gar nicht erhoben. OLG. **3** 136 (Marienw.).

3. Nicht das Rechtsverhältniß, aus welchem der Klaganspruch hergeleitet wird, sondern die Summe derjenigen Thatsachen, welche rechtlich geeignet und erforderlich sind, den Schluß auf das Begründetsein des Klagantrags zu rechtfertigen, bildet den Klagegrund. **RG. JW. 01** 483.

4. Zur Begründung der Klage genügen nicht bloß allgemeine Angaben des Rechtsverhältnisses, woraus sie abgeleitet wird, sondern es ist dazu die Bezeichnung der bestimmten äußerlichen Thatsachen, aus denen das Recht des Klägers hervorgehen soll, also die Art des Besitz- und Eigenthumserwerbes, erforderlich. **RG. JW. 02** 165.

5. Die Bezeichnung eines Klaganspruchs als Kaufpreisforderung nöthigt nicht dazu, das Begründetsein der Klage nur von diesem Gesichtspunkt aus zu prüfen. Denn § 253 ² schreibt nur die Angabe derjenigen Thatsachen vor, die das Rechtsverhältniß begründen, aus dem der Anspruch hergeleitet wird. OLG. **2** 255 (Dresd.).

6. Die Erhebung einer bedingten Klage ist unstatthaft. Es kann nicht der eine Kläger seinen Anspruch nur für den Fall geltend machen, daß der andere Kläger abgewiesen wird. OLG. **2** 254 (Köln).

7. Ist der Termin, den die zugestellte Klageschrift enthält, bereits verflossen, so ist die Klagerhebung unwirksam. Wenn jedoch der Mangel im nächsten Verhandlungstermine nicht gerügt wird, so gilt die Klage als erhoben. Jedoch wird durch die ursprüngliche Klagerhebung die Verjährung nicht unterbrochen. **RG. JW. 00** 185.

§ 254. 1. § 254 setzt voraus, daß zwei an und für sich selbständige Ansprüche, der Anspruch auf Auskunftsertheilung und Offenbarungseid und der Herausgabeanspruch, in **einer** Klage geltend gemacht werden. Das Exzeptionelle des § 254 liegt darin, daß entgegen CPO. § 253 Abs. 2 Nr. 3 bei dem mit dem Anspruch auf Auskunft als verbundenen Herausgabeanspruch die bestimmte Angabe der zu fordernden Leistung nachgeholt werden kann. Dies gilt auch dann, wenn nur eine Klage auf **Herausgabe** angestellt ist, sofern auf einen Inbegriff geklagt ist. Ist der Grund derselbe, so ist eine Erweiterung des Klagantrags schon nach § 268 Nr. 2 zuläßig. Ist die Entstehungsursache für die

einzelnen Gegenstände verschieden, so wird gemäß § 264 CPO. das Gericht die Erweiterung zulassen.

Res litigiosae und Gegenstand der Aburtheilung werden nur die in dem Klagantrage bestimmt bezeichneten Gegenstände. Ein Inbegriff als solcher kann kein Rechtsobjekt und auch nicht Gegenstand der Verurtheilung sein. Hellwig, Anspruch 65 ff.

Ebenderselbe S. 114 will § 254 auch auf den Fall alternativer Klagekonkurrenz anwenden; s. zu § 260.

2. Das Gericht ist verpflichtet, zunächst nur über den Anspruch auf Abrechnung verhandeln zu lassen und über diesen Anspruch durch Theilurtheil zu erkennen. OLG. 5 55 (Hamb.).

§ 256. I. Hellwig, Anspruch 117 (vgl. auch die Vorbemerkungen zu diesem Titel) versteht unter „Rechtsverhältniß" nicht nur Ansprüche i. S. des BGB. (s. Hellwig zu § 194 BGB.), sondern auch Rechtsverhältnisse jeder anderen Art. Ueber Rechtsverhältnisse, die nicht Schuldverhältnisse sind und nicht ein Recht auf richterliche Rechtsänderung zum Gegenstande haben, kann nur durch Feststellungsurtheil entschieden werden. Das Urtheil auf Leistung unterscheidet sich von dem Feststellungsurtheil allein dadurch, daß jenes einen bestimmten Befehl des Gerichts an den Beklagten enthält (118 ff.), während das Feststellungsurtheil sich damit begnügt, einen autoritativen Ausspruch zu geben darüber, wie die Rechtslage ist, und keinen Vollstreckungstitel abgeben kann. Auch das Urtheil auf Leistung stellt den Anspruch fest, aus dem die Verurtheilung des Beklagten entspringt.

1. Voraussetzung der Klage auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses ist einmal die materiell-rechtliche Frage, ob das Rechtsverhältniß besteht, und zweitens die Frage, ob das von der CPO. formulirte Interesse vorliegt (Hellwig, Anspr. 127). Zur Klage berechtigt ist derjenige, der das Interesse an der Feststellung hat; der richtige Beklagte ist derjenige, dem gegenüber die rechtskräftige Feststellung zu erreichen für den Kläger von Interesse ist (Hellwig, Anspr. 131).

Gegenstand des Feststellungsprozesses können nur Rechtsverhältnisse sein, nicht abstrakte Rechtsfragen, nicht Thatsachen (mit Ausnahme der Urkundenechtheit); die urtheilsmäßige Feststellung kann nur auf die Rechtswirkung eines thatsächlichen Vorganges gerichtet werden. Demgemäß ist Gegenstand der sogen. materiellen Rechtskraft nur das Rechtsverhältniß, nicht die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache. Aus dem Wesen der Rechtskraft folgt zugleich, daß nur auf das gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen geklagt werden kann. Vergangene Rechtsverhältnisse und solche, welche möglicher Weise entstehen werden, sind nicht Gegenstand der Feststellung. Daß bedingte oder befristete Rechtsverhältnisse Gegenstand der Feststellung sein können, ist keine Ausnahme. Wohl aber sind Ausnahmen die singulären Fälle, in denen die künftigen Rechte einer noch nicht existirenden Person durch einen Pfleger „gewahrt" (s. Hellwig zu BGB. § 2128) und also auch durch Klage festgestellt werden können (Hellwig, Anspr. 399 ff.).

Das festzustellende Verhältniß muß ein rechtlich anerkanntes sein (404 ff.). Das ist nicht der Fall, wo das Gesetz ein Schuldverhältniß nicht entstehen oder nicht weiterbestehen läßt, die Rückforderung einer freiwillig bewirkten Leistung aber ausschließt. Die Einredebarkeit als solche schließt die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Anspruchs nicht aus. Zur Vermeidung der Präklusion (CPO. § 767 II) muß der Beklagte alle Einrederechte und Anfechtungs-, Aussetzungs-, Rücktrittsrechte geltend machen. Denn die Feststellung eines Schuldverhältnisses bedeutet nicht nur, daß es einmal entstanden ist, sondern sie spricht aus, daß es jetzt besteht und zwar als vollwirksames, einredefreies. Bei

der Klage auf Feststellung eines Vertragsverhältnisses im Ganzen muß der Beklagte dafür sorgen, daß Abweichungen von dem gesetzlichen Vertragsrecht in die Feststellung aufgenommen werden; sonst Präklusion.

2. Jedes Rechtsverhältniß, bezüglich dessen überhaupt der Rechtsweg zulässig ist, ist möglicher Gegenstand der Feststellungsklage, also im Sinne der CPO. der Anspruch, über welchen zu entscheiden ist (408 ff.).

Das dingliche Recht als solches, ebenso das Erbrecht, das Eheverhältniß, das Eltern- und Kindesverhältniß können niemals Gegenstand einer Klage auf Verurtheilung sein, da jene Rechte in Verbindung mit anderen Thatsachen wohl den Grund für Ansprüche abgeben können, aber nicht selbst Ansprüche sind. Jene Rechte können ihrer Natur nach nur Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Da das dingliche Recht ein Rechtsverhältniß der Berechtigten zur Sache ist, wie das Erbrecht ein Verhältniß zu dem Nachlasse, so kann es nicht richtig sein, daß nur Rechtsverhältnisse zwischen Personen oder gar nur Rechtsverhältnisse zwischen den Prozeßparteien Gegenstand der Feststellung sein können (arg. CPO. § 27 I, BGB. § 1965 II).

Möglich ist, daß mit der Klage, welche einen Anspruch (BGB. § 194) geltend macht, die Klage auf Feststellung des bedingenden Verhältnisses verbunden wird (411 ff.). Die Selbständigkeit der beiden Klaganträge zeigt sich bereits in der Selbständigkeit der Voraussetzungen beider Klagen. Die Klage auf Herausgabe kann gegeben sein, ohne daß ein Feststellungsinteresse begründet ist und umgekehrt. Demgemäß kann auch die Entscheidung verschieden sein. Hieraus folgt von selbst, daß die Bejahung oder Verneinung des aus der Verleihung eines absoluten Rechtes hergeleiteten Anspruchs nicht die Bejahung oder Verneinung des bedingenden Rechtsverhältnisses sein kann. Und auch die Rechtskraft der Entscheidung über den einen Anspruch (i. S. der CPO.) steht der Geltendmachung des anderen Anspruchs nicht entgegen.

Auch Schuldverhältnisse (Ansprüche) können Gegenstand der Feststellung sein (414 ff.). Da hier die Verurtheilung die Bejahung des Anspruchs, die Abweisung der Klage seine Verneinung enthält, so ist es eine Tautologie, wenn der Kläger außer der Verurtheilung die Feststellung derjenigen Verpflichtung begehrt, welche durch den zu erkennenden Anspruch dargestellt wird. Ebenso verlangt der Beklagte zweimal dasselbe, wenn er außer der Abweisung der Klage auf Verurtheilung Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs verlangt. Wird aber ein Theilanspruch (ü. d. Begriff s. Hellwig zu BGB. § 194) geltend gemacht, so kann auf Feststellung des gesammten Schuldverhältnisses geklagt werden. Mit Ausnahme von KO. § 146 I, IV kann nur dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung zur Erfüllung zur Feststellung gebracht werden. Auch gegen den Forderungsprätendenten, gegen den aus CPO. § 259 wegen mangelnder Besorgniß nicht geklagt werden kann (s. Hellwig zu CPO. § 254), kann auf Feststellung seiner Pflicht, Verfügungen über das Forderungsrecht zu unterlassen, geklagt werden, und zwar entweder durch Feststellung, daß das streitige Forderungsrecht dem Kläger allein zusteht (bei Streit, für wen eine Forderung entstanden ist oder ob und welche Rechtsnachfolge eingetreten ist) oder auch auf die Feststellung, daß der Beklagte kein Pfandrecht oder ein sonstiges, ihn zur Einziehung befugendes Recht besitzt. An den Sieger darf der Schuldner mit Sicherheit zahlen, er kann aber auch, da das Urtheil nur inter partes wirkt, dem Sieger die Gläubigerschaft zu Gunsten des Besiegten bestreiten.

Endlich sind möglicher Gegenstand des Feststellungsprozesses die Rechte des rechtlichen Könnens (Anfechtungs- und andere Aufhebungsrechte, civiles Recht der Kündigung, des Rücktritts, des Widerrufs). Hellwig, Anspr. 422 ff. Da aber diese Rechte durch ihren Gebrauch untergehen, so kommen für den Aufhebungs-

berechtigten in Betracht die Klagen auf Feststellung des durch die Aufhebungserklärung geschaffenen Zustandes, also negativ auf Feststellung des Nichtbestehens derjenigen Rechtswirkungen, welche durch die Aufhebungserklärung beseitigt wurden, positiv auf Feststellung derjenigen Rechtsverhältnisse, welche in Folge der Anfechtung entstanden sind. Sind diese Rechtsverhältnisse Ansprüche auf Leistung, so kann auch auf Leistung geklagt werden. Auch der Gegner hat diese (positive oder negative) Feststellungsklage. In allen diesen Fällen ist das Bestandenhaben des Aufhebungsrechts nur Vorfrage für die Entscheidung. Eine Feststellungsklage über das Aufhebungsrecht selbst ist nur vor seiner Ausübung denkbar. Der Berechtigte kann auf sein Bestehen klagen, wenn er das erforderliche Feststellungsinteresse hat. Dieses fehlt, wo das Aufhebungsrecht sofort ausgeübt werden kann. Auch der Gegner kann das Aufhebungsrecht zum Gegenstand eines Feststellungsprozesses machen.

Das Feststellungsinteresse (427 ff.) ist die prozessuale Voraussetzung, von welcher das Klagerecht auf Feststellung abhängt, und bestimmt zugleich die Parteien.

Da die von der Rechtskraft ergriffenen Personen die Feststellung des Urtheils nicht in Zweifel ziehen können und die Feststellung dem Sieger nur diesen Vortheil bringt, so besteht das Klagerecht nur, wenn es für den Kläger mit Rücksicht auf seine Rechtsverhältnisse von Nutzen ist, gegenüber dem Beklagten jene Rechtskraftwirkung zu erlangen. Es muß sich also um Rechtsverhältnisse des Klägers handeln, nicht um Rechtsbeziehungen dritter Personen, auch wenn sie für seine Rechtsverhältnisse von Bedeutung sind, und es muß für den Kläger eine Rechtsungewißheit und nach vernünftigem Ermessen das Bedürfniß ihrer Beseitigung gerade gegenüber dem Beklagten bestehen. Rechtsberühmung oder Bestreitung ist nicht nothwendig (arg. BGB. § 1965 II, Unfall-Vers.G. v. 6. 7. 84 § 63).

Das Feststellungsklagerecht ist nur gegen diejenige Person begründet, der gegenüber die Rechtskraftwirkung zu erlangen für den Kläger von Interesse ist, ohne daß deshalb das festzustellende Rechtsverhältniß zwischen den Parteien bestehen muß (432 ff.).

Das Interesse des Klägers bestimmt zugleich das Objekt, auf welches der Feststellungsantrag zu richten ist, und den Umfang, in welchem die Klage begründet ist (434 ff.).

Sowohl für das Bestehen des Rechtsverhältnisses als auch für das Vorhandensein des Feststellungsinteresses ist maßgebend die Zeit des Urtheils (435).

Hellwig 436 ff. leugnet die Subsidiarität der Feststellungsklage. Die Leistungsklage und die Feststellungsklage haben einen verschiedenen Zweck (Vollstreckungstitel — Feststellung) und verschiedene Voraussetzungen (Nichterfüllung oder voraussichtliche Nichterfüllung — Rechtsunsicherheit). Beide Voraussetzungen können zusammenfallen.

Hellwig 441 ff. hält CPO. § 143 für anwendbar (da Bestreitung nicht Voraussetzung der Feststellungsklage ist), auch bei Ehe- und Familienstandssachen (da auch hier ein Anerkenntniß, wenn auch nicht mit der Wirkung von CPO. § 307 möglich ist), namentlich hält er auch § 94 für anwendbar.

II. Da das Privatrecht heutzutage erschöpfend kodifizirt ist, sind alle Klagen Feststellungsklagen und nichts als Feststellungsklagen, alle Urtheile Feststellungsurtheile in dem Sinne, daß der Richter nur feststellen kann, was kraft des Gesetzes und des unter seiner Herrschaft sich vollziehenden Thatbestandes bereits Recht ist, — mit Ausnahme gewisser Klagen und Urtheile, welche bestimmungsmäßig auf Rechtsänderung gerichtet sind, wie Ehescheidung, adjudicatoria u. A. Verurtheilung und Feststellung sind nicht verschiedenartige Funktionen des Gerichts, sondern unterscheiden sich lediglich durch den verschiedenen Gegen-

stand der Feststellung. „Verurtheilung“ nennen wir die Feststellung einer nach Art, Umfang, Zeit genau bestimmten Leistungspflicht (einschließlich der Unterlassungen), sei es einer gegenwärtigen, sei es einer betagten oder bedingten, „bloßen Feststellung“ dagegen die Feststellung lediglich eines Rechtsverhältnisses ohne gleichzeitige Feststellung einer derart bestimmten Leistungspflicht. „Feststellung“ einer solchen und „Verurtheilung“ zu derselben sind identisch. (Ueber die Vollstreckungsfähigkeit vgl. die Bemerkungen zu den §§ 257—259.) Auch das Erforderniß eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung ist keine Eigenthümlichkeit der sog. Feststellungsklagen im engeren Sinne, sondern ein Erforderniß aller Klagen. Denn der heutige Richter tritt überhaupt nur in Funktion beim Vorhandensein eines gegenwärtigen rechtlichen Interesses der Parteien an derselben — im Gegensatze zum römischen Rechte, in welchem auch ein intellektuelles, moralisches, politisches Interesse durch Scheinwette (sponsio praejudicialis) zur Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung ausreichte. Bei den Klagen auf Feststellung einer fälligen Leistungspflicht liegt dieses Interesse an alsbaldiger Feststellung ohne Weiteres zu Tage; bei denjenigen auf Feststellung einer zukünftigen Leistungspflicht oder lediglich eines Rechtsverhältnisses bedarf dasselbe, falls es nicht auch hier ohne Weiteres evident ist, einer besonderen Begründung; deshalb wird das Erforderniß nur bezüglich der letzteren Klagen im § 256 ausdrücklich hervorgehoben.

Die Erkenntniß dieser Sätze bilden die Grundlage für einen einheitlichen Begriff der modernen Klage als des Antrags auf Feststellung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses und des prozessualischen Klagerechts — im Gegensatze zu der Begriffsbestimmung der früheren gemeinrechtlichen Theorie, welche den Begriff lediglich auf die Klagen wegen fälliger Ansprüche abstellte im Anhalt an die Definition der actio durch Celsus (l. 51 D. 44, 7) als des jus quod sibi debeatur in judicio persequendi, und ähnlicher Aussprüche; und welche unter diesen engen Begriff das ganze Gebiet der „Feststellungsklagen“ im engeren Sinne oder praejudicia natürlich nicht unterbringen konnte. A. S. Schultze in Grünhuts Z. **28** 531 ff.; vgl. auch dessen Konkursrecht, letzter Abschnitt: „Wesen und Begriff des Civilprozesses“ 140 ff., 55, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung I 25, 125, 582, 599 ff.; „Ueber prozessualische Zeitbestimmungen“ 16 Anm.; Buschs Z. **12** 475 ff.

III. Die positive Feststellungsklage nach § 256 ist nicht subsidiär der Leistungsklage. — Der vom Kläger zur Begründung seines Feststellungsinteresses angeführte Thatbestand bildet den engeren Rechtsschutzgrund, gehört also zum Klagegrunde, nicht zu den Prozeßvoraussetzungen. Folglich wird die Frage, ob der behauptete Feststellungsgrund wahr (bewiesen) sei, durch Sachurtheil entschieden, während allerdings die Verneinung der Fähigkeit des behaupteten (als wahr supponirten) Feststellungsgrundes zur Begründung eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses ein Prozeßurtheil darstellt; nur im ersteren Falle ist durch die Klagerhebung die Rechtshängigkeit begründet worden (wichtig für eine etwa erhobene Widerklage) und ist das abweisende Urtheil der materiellen Rechtskraft fähig. — Bei der Feststellungsklage ist das Vorhandensein eines entsprechenden Feststellungsinteresses erforderlich vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, nicht auch schon bei Klagerhebung. Langheineken, Der Urtheilsanspruch 107 ff.

IV. 1. Eine Klage auf Feststellung der Verpflichtung des Vaters, seiner Tochter eine Aussteuer in bestimmter Höhe zu geben, ist schon vor der Verheirathung der Tochter zulässig, sofern letztere durch ihre stattgehabte Verlobung und die erklärte Weigerung des Vaters zur Hergabe einer Aussteuer ein zur Anwendung des § 256 ausreichendes wirthschaftliches Interesse an der Feststellung der erwähnten Verpflichtung gewonnen hat. **RG. 49** 370 ff.; **JW. 01** 597.

2. Die Voraussetzungen des § 256, insbesondere das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung, sind gegeben, wenn durch die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses die Vereinfachung eines künftigen, die Feststellung der vorläufig noch nicht zu ermittelnden Höhe der klägerischen Forderung bezweckenden Prozesses herbeigeführt wird. **RG. 50** 399, JW. **01** 158.

3. Der Testamentsvollstrecker, der sich in Ungewißheit darüber befindet, welcher von zwei einander widerstreitenden erbrechtlichen Ansprüchen zu Recht bestehe, ist dadurch in der zweckentsprechenden Verwaltung des Nachlasses gehindert und hat daher ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Beseitigung dieser Ungewißheit. **RG.** JW. **01** 187, 188.

4. Es besteht Feststellungsinteresse des sein Absonderungsrecht im Konkurse verfolgenden Gläubigers, weil die Leistungsklage mit Rücksicht auf die gesetzliche Verpflichtung des Konkursverwalters, den Erlös des Absonderungsgegenstandes unter die ihr Absonderungsrecht Erweisenden zu vertheilen, nach Lage der Sache nicht erforderlich war. **RG.** JW. **01** 617.

5. Ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht in der Regel nicht, wenn der Kläger in der Lage ist, den weitergehenden Anspruch auf die Leistung selbst geltend zu machen. **RG.** JW. **01** 514, 536.

6. Nur dann, wenn durch die Feststellungsklage ein annähernd gleiches Ergebniß erzielt, insbesondere das Erbverhältniß der Parteien nach allen Richtungen soweit klargestellt werden könnte, daß daraufhin die Erbauseinandersetzung ohne Weiteres vorzunehmen wäre, ist trotz der gleichzeitigen Möglichkeit der Leistungsklage und damit des Mangels an einem Interesse an der alsbaldigen Feststellung die Feststellungsklage zulässig. **RG.** JW. **01** 537.

7. Veranlassung zur Erhebung der Feststellungsklage ist noch nicht damit allein gegeben, daß ein Dritter sich berühmt, ihm stehe in Folge der unrechten Handlungsweise des Beklagten gegenüber dem Kläger ein Entschädigungsanspruch gegen letzteren zu. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist in diesem Falle noch durch das Bestehen des Entschädigungsanspruchs des Dritten und die Wahrscheinlichkeit der gerichtlichen Geltendmachung desselben bedingt. **RG.** JW. **01** 205, 206.

8. Ergiebt sich für die eine Partei aus einem Vertrage für den Fall eines eventuellen künftigen Ereignisses eine Schadensersatzpflicht, so liegt in ihrer Weigerung, sich über die etwaige Erfüllung dieser Pflicht zu äußern, mangels einer Rechtspflicht zur Aeußerung kein Angriff gegen den Bestand des Vertrags und somit keine Veranlassung zur Feststellungsklage aus § 256 CPO. **RG.** JW. **01** 187.

9. In der naturgemäßen Verdunkelung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien durch Zeitablauf allein ist kein Interesse an der alsbaldigen Feststellung begründet, da die Feststellungsklage kein Ersatzmittel für die Sicherung des Beweises sein soll. Es bedarf näherer Darlegung der besonderen Verdunkelungsgefahr für den speziellen Fall. **RG.** JW. **01** 205, 206.

10. Die Ueberleitung der Feststellungsklage in die nach Klagerhebung möglich gewordene Leistungsklage ist ein Recht, keine Pflicht des Klägers. **RG.** JW. **00** 508, **02** 420.

11. Bei der negativen Feststellungsklage ist es unzulässig, dem unbegründeten allgemeinen Ausspruch einen für begründet erachteten aber nicht geforderten engeren Ausspruch zu substituiren. **RG.** JW. **02** 127.

12. Im Falle einer schuldhaften Körperverletzung entsteht zwischen dem Thäter und dem Verletzten sofort mit der Verletzung ein Rechtsverhältniß, sofern auch nur die Möglichkeit einer hierdurch bewirkten Vermögensbeschädigung des

Verletzten vorliegt, und dasselbe dauert so lange fort, als nicht die Möglichkeit des künftigen Eintritts eines hierdurch verursachten Schadens ausgeschlossen ist. Der Eintritt einer Vermögensbeschädigung entspricht in diesen Fällen dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und es ist daher mit dieser möglichen künftigen Wirkung der Verletzung vom Zeitpunkte der letzteren an zu rechnen. Daß der Anspruch so lange nur bedingt ist, als die Vermögensbeschädigung nicht eingetreten ist, steht der Feststellungsklage nicht entgegen, da auch bezüglich eines bedingten Anspruchs eine Feststellungsklage zulässig ist. Auch ein Interesse an alsbaldiger Feststellung ist in diesem Falle gegeben, da das Verfahren vereinfacht und dem beweispflichtigen Kläger erhebliche Kosten erspart werden, denn die Feststellung einer Schadensersatzpflicht kann erfahrungsgemäß in der dem schädigenden Ereigniß unmittelbar folgenden Zeit in zuverlässiger und minder kostspieliger Art und Weise erfolgen als später. Außerdem ist der Kläger dadurch in den Stand gesetzt, seinen Schadensersatzanspruch schneller verwirklichen zu können. Er kann daher nicht auf ein Verfahren zur Sicherung des Beweises beschränkt werden. RG. JW. 02 312.

13. In der Klage auf Feststellung, daß gewisse Darlehnsforderungen nicht einer Nachlaßmasse, sondern dem Kläger zustehen, liegt trotz der in der Begründung enthaltenen Negation eine einheitliche positive Feststellungsklage. Den Kläger trifft die volle Beweislast. Nur bei rein negativen Feststellungsklagen fällt demjenigen die Beweislast zu, welcher die Entstehung des bestrittenen Rechtes für sich behauptet. RG. JW. 01 249.

14. Ueber die Einrede der Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Verhältnisse von Leistungs- und Feststellungsklage vgl. Bemerkungen zu § 263.

§ 257. I. 1. Unter „Gegenleistung" ist nach Hellwig, Anspruch 369 Note 5 nicht jede Leistung des Gläubigers zu verstehen, sondern nur die Leistung, welche das Aequivalent für die eingeklagte Leistung bildet, also die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag, auch im Falle § 348 BGB.

Der Leistungsbefehl ist stets auf die Zeit zu richten, zu der die Leistung fällig wird. Einseitige Erklärungen, von denen die Fälligkeit abhängt, können in die Klageschrift aufgenommen werden oder im Laufe des Prozesses erfolgen. Der Prozeßbevollmächtigte ist zur Empfangnahme dieser Erklärung nicht ermächtigt; daher § 180 BGB. Hellwig, Anspruch 369 ff.

In den Fällen §§ 257 f. ist das Klagerecht nicht etwa durch ein Bestreiten des Schuldners oder ein sonstiges besonderes Interesse des Klägers bedingt. Das Verhalten des Schuldners hat lediglich für die Frage nach der Klageveranlassung Bedeutung. CPO §§ 93, 94. Hellwig Anspruch 373. Im Falle § 257 wird Veranlassung namentlich in dem Bestreiten des Anspruchs durch den Schuldner oder in der Besorgniß des § 259 zu finden sein.

Die §§ 257 ff. finden Anwendung auch auf vor dem 1. 1. 00 entstandene Rechtsverhältnisse, sowie auch auf solche noch nicht fällige Ansprüche, welche nach dem für die Existenz und den Inhalt des Anspruchs normirenden ausländischen Rechte erst mit der Fälligkeit klagbar werden. Hellwig, Anspruch 134.

Ein Urtheil „auf eine künftige Leistung" unterscheidet sich von den Feststellungsurtheilen dadurch, daß diese keinen Vollstreckungstitel bilden. (Hellwig, Anspruch 368) und andererseits von den Verurtheilungen aus einem fälligen Anspruche, dessen Erfüllung von einer Bedingung abhängig gemacht ist, dadurch, daß hier der Anspruch als ein gegenwärtiger und fälliger festgestellt wird. (369). Die Verurtheilung zu künftiger Leistung ist nicht auf das ordentliche Verfahren beschränkt. (Note 3 369).

2. Die Klage aus CPO. § 257 ist bei Verträgen jeder Art denkbar und nicht auf Darlehne beschränkt. Das Erforderniß der Unabhängigkeit braucht erst

im Zeitpunkte der Urtheilserlassung vorzuliegen. Das Mahnverfahren ist auf § 257 nicht anwendbar. Busch in DJZ. **02** 305 ff.

II. 1. Die Klage aus § 257 CPO. gegen den Acceptanten der nicht domicilirten Tratte oder den Aussteller eines ebensolchen Eigenwechsels vor Verfall auf Verurtheilung zu Zahlung mit der Wirkung, daß vor Verfall ein Vollstreckungstitel dem Kläger durch das Urtheil erwächst, welches letztere den genannten Hauptwechselschuldnern Zahlung am Verfalltag anbefiehlt, ist nicht zulässig in den Fällen, in denen der konkrete Wechselanspruch als Holschuld durch Präsentation bedingt ist. Wo dagegen letztere als wechselrechtliches Erforderniß der Klage aus dem Wechsel entfällt, ist die Klage aus § 257 CPO. zuzulassen. Marcus, DJZ. **00** 457.

2. Der § 257 CPO. ist nicht auf Leistungsklagen aus Tagwechseln anwendbar. Marcus R. **01** 558 u. DJZ. **00** 456, 457 gegen Kammergericht, Entsch. vom 9. August 1900.

3. Die Anwendung auf den Wechselprozeß verneinen zwei von Haberling R. **02** 14/15 mitgetheilte Erkenntnisse des Landgerichts Mainz.

4. Die Geldforderung ist auch dann „nicht von einer Gegenleistung abhängig", wenn diese Gegenleistung bereits vollzogen ist. Daher fällt auch eine Kaufpreisforderung unter § 257, dafern der Verkäufer seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage bereits erfüllt hat.

„An den Eintritt eines Kalendertags geknüpft" ist die Geltendmachung der Forderung auch dann, wenn sie von einem nach dem Kalender ohne Weiteres zu berechnenden Tage abhängig ist, z. B. drei Monate nach Empfang der Waare oder der Rechnung. Seuff. A. **57** 37 (Naumb.).

§§ 257, 258, 259. Diese Paragraphen sind nur Exemplifikationen dessen, was sich nach § 256 bereits von selbst versteht. Sie sind die Ueberreste des § 190 Entw. I BGB., welcher in Anknüpfung an die eigenthümliche Natur der römischen condemnatio davon ausging, daß im heutigen Rechte „Verurtheilen" eine andere richterliche Funktion sei, als „bloße Feststellung" derselben genau bestimmten Leistungspflicht, nämlich im Gegensatze zu dieser ein richterlicher Befehl sowohl an den Beklagten, wie auch an die Exekutivbeamten, und daß daher auch nur eine „Verurtheilung", aber nicht die „bloße Feststellung" derselben genau bestimmten Leistungspflicht der Vollstreckung fähig sei, und daß daher ferner auch die Klage „auf Zahlung" oder „auf Entrichtung" einer Leistung etwas ganz Anderes sei, als die Klage auf „bloße Feststellung" genau derselben Leistungspflicht. (Ueber die Unrichtigkeit dieser Auffassung vgl. die Bem. zu § 256.) Allein die Vollstreckungsfähigkeit eines Urtheils bestimmt sich weder durch eine in der Klage, noch eine im Urtheil kundgegebene Absicht, und auch nicht etwa durch eine Besprechung als „Verurtheilung" oder „Feststellung", sondern lediglich und allein durch den Gegenstand der begehrten und bez. getroffenen Feststellungen. Der Vollstreckung fähig sind alle Feststellungen einer nach Art, Umfang und Zeit genau bestimmten Leistungspflicht, gleichviel ob dieselbe eine gegenwärtige oder zukünftige ist. Nicht der Vollstreckung fähig dagegen sind ihrer Natur nach die Feststellung lediglich eines Rechtsverhältnisses ohne gleichzeitige Feststellung einer bestimmten Leistungspflicht. „Verurtheilung" und „Feststellung" einer genau bestimmten Leistungspflicht sind identisch. Weder die Parteien noch das Gericht können etwas dazu thun, ob eine solche Feststellung der Vollstreckung fähig sein soll oder nicht, vielmehr entscheidet darüber ausschließlich der Inhalt der Feststellung und das Gesetz. Es giebt daher auch keine Klage auf „künftige Entrichtung" (§ 258) oder auf „künftige Leistung" (§ 259) im Unterschiede von einer Klage auf „bloße Feststellung" derselben Leistungspflicht. Denn die Klage ist kein Exekutionsantrag, auch nicht der Beginn eines

solchen, das Urtheil keine Entscheidung darüber. — Die §§ 258, 259 enthalten daher weder eine Erweiterung noch eine Beschränkung der bisherigen Klagenzulässigkeit, sondern sprechen nur aus, was nach § 256 bereits Rechtens war; nnd auch in Zukunft wird, ganz abgesehen von diesen Paragraphen, in allen Fällen eine sogen. „Verurtheilung" zu künftigen Leistungen, d. h. also eine Feststellung der Leistungspflicht, zulässig bleiben, wenn ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung vorliegt. Trotzdem entbehren jene Paragraphen nicht aller praktischen Bedeutung; aber nur deshalb, weil die obigen Sätze bisher von der Theorie und Rechtsprechung immer noch vielfach verkannt und sogar bekämpft werden, und sie mithin solche unberechtigten Zweifel beseitigen.

Auch die sogen. „Kündigungsklage" des § 257 war schon nach bisherigem Rechte zulässig dann, wenn das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung der aus der Kündigung sich ergebenden Leistungspflichten vorliegt. So kann ja unbestritten auch z. B. die Abgabe der Anfechtungserklärung mit der Klage auf Feststellung der aus dieser sich ergebenden Leistungspflichten in einem Akte verbunden werden. Etwas Neues würde der § 257 nur dann enthalten, wenn man annehmen müßte, daß jene Klage jetzt in allen Fällen, auch wenn das Feststellungsinteresse gemäß § 256 nicht vorliegt, zulässig sein solle, was doch mindestens sehr zweifelhaft ist. A. v. Schultze, in Grünhuts Z. **28** 531 ff. Vgl. auch die in Bemerkung zu § 256 angeführten Schriften desselben.

§§ 257, 259. Ueber die Kostenpflicht des Klägers, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten Anlaß zur Klagerhebung gegeben, hat vgl. OLG. **5** 165 (KG.).

§ 258. 1. Für die Anwendbarkeit des § 258 ist es irrelevant, ob die einzelnen Forderungen auf die wiederkehrenden Leistungen festbegründet sind und lediglich die Fälligkeit eine verschiedene ist oder ob der Weiterlauf der Verpflichtung von ungewissen Ereignissen abhängt oder ob die Entstehung der einzelnen Theilforderungen von ungewissen Ereignissen abhängt. Hellwig, Anspruch 370. § 258 ist keineswegs eine Erweiterung des § 257; seine ratio ist eine andere und daher seine Anwendung nicht dann ausgeschlossen, wenn der Anspruch des Klägers von einer Gegenleistung abhängig ist. Hellwig, Anspruch 371 ff.

Ueber die Klageveranlassung s. H. zu § 257 CPO.; Hellwig, Anspruch 373 ff.

2. Bedarf es zur Anstellung der Klage nach § 258 der Fälligkeit einer Rate? Bejaht von Petersen-Anger § 258 Bl. 5; Seuffert DJZ. **99** 32 u. A. Verneint von Gaupp-Stein § 258 II u. A.

3. Miethzinsen sind wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 258. OLG. **5** 55 (Pos.).

§ 259. 1. Voraussetzung der Klage aus § 259 ist zunächst ein Schuldverhältniß zwischen dem Kläger und dem zu Beklagenden, welches den ersteren berechtigt, künftige Entrichtung einer Leistung zu verlangen. Zulässig ist die Klage, wenn der Anspruch noch nicht fällig ist, oder erst mit dem Eintritt eines Anfangstermins zur Entstehung gelangen wird, ferner die Klage aus solchen künftigen Ansprüchen, welche durch die von dem Kläger zu fordernde Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses entstehen werden, vorausgesetzt, daß die Klage auf Erlaß des diese Wirkung begründenden Urtheils mit der Klage auf Erfüllung der Ansprüche, welche dann entstehen werden, verbunden wird. Auch die Klage aus bedingten Ansprüchen ist prinzipiell möglich Hellwig, Anspruch 381 ff.

Weiter verlangt das Gesetz die Besorgniß, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde (385 ff.). Und dieses Interesse ist

ein anderes als das Feststellungsinteresse und wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte das Bestehen der Verpflichtung nicht bestreitet. Die im § 259 geforderte Besorgniß ist gegeben, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß eines Arrestbefehls vorliegen; doch ist Klage aus § 259 unzulässig, wenn die Exekution gar nicht in das Vermögen des Schuldners stattzufinden hat. Es genügt nicht die Besorgniß, daß die Leistung unterbleiben werde, die Besorgniß muß auf dem Verhalten des Schuldners selbst beruhen. Zu weit geht die Behauptung, daß die Voraussetzung des § 259 namentlich dann gegeben sein werde, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit schon vor ihrer Fälligkeit ausdrücklich bestreite.

Besondere Bedeutung hat § 259 für die Ansprüche auf Unterlassen (388 ff.). Die Besorgniß ist hier die begründete Befürchtung, daß der zur Unterlassung Verpflichtete die Handlung vornehmen werde. So ergiebt sich ein Klagerecht auf Erlaß eines exekutionsfähigen Verbots einer Zuwiderhandlung für alle Fälle der Rechtsberührung und Rechtsverneinung, falls solche turbatio verbis die Besorgniß der Zuwiderhandlung begründet, insbesondere bei Bedrohung des Besitzrechts und der übrigen absoluten Rechte. (Vgl. dazu H. zu § 903: Anspruch gegen Jedermann.) Aus § 259 ergiebt sich auch die Klage auf Verbot der Verfügung über ein dem Kläger zustehendes absolutes Recht, die von der Feststellung des Bestehens dieses Rechtes scharf zu unterscheiden ist. Prozeßgegenstand der Verbotsklage ist der Anspruch auf Unterlassung der Verletzung des Eigenthums, im Eigenthumsfeststellungsprozeß ist Prozeßgegenstand das Eigenthum. Die Verbotsklage wird begründet durch die Besorgniß der Vornahme einer rechtswidrigen Verfügung, die Feststellungsklage aber durch das Interesse der Feststellung des klägerischen Eigenthums. Ebenso kann bei einem Forderungsrechte der Berechtigte gegen den Forderungsprätendenten unter Darlegung der gerechtfertigten Besorgniß mit einer Klage auf Verbot der Verfügung vorgehen. Danach erscheint die besondere Normirung der Klage auf Unterlassung überflüssig im BGB. § 12, 862 I, 1004 (1017, 1027, 1065, 1090 II, 1227), 1134. In diesen Fällen ist thatsächliche Zuwiderhandlung verlangt, während in BGB. § 550 turbatio verbis genügt.

Auch im Falle von § 550 BGB. kann der Vermiether auf Grund von § 259 CPO. bereits dann auf Unterlassung klagen, wenn der Miether seinen Willen, einen vertragswidrigen Gebrauch zu machen, so bekundet hat, daß die im § 259 geforderte Besorgniß begründet ist. Andererseits kann der Miether gegen den Vermiether auf Verbot der Beeinträchtigung seines Miethrechts klagen. Dieselben Grundsätze gelten für alle anderen obligatorischen Verhältnisse (394 ff.).

Die Klagevoraussetzung des § 259 stellt nothwendiger Weise auch eine genügende Veranlassung zur Klage dar; § 93 CPO. kann hier keine Anwendung finden (397).

Die Feststellung eines noch nicht fälligen, befristeten, bedingten Anspruchs unterscheidet sich von der Verurtheilung zu künftiger Leistung dadurch, daß diese einen Vollstreckungstitel bei Nachweis des Eintritts der bedingenden Thatsache abgiebt, bei jener das Befriedigungsgebot nur auf eine neue Klage hin ergehen kann (397 ff.).

2. Die Besorgniß, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, gehört nicht zu den Prozeßvoraussetzungen, sondern bildet einen Theil des Klaggrundes. Marwitz, Urtheil 16.

II. 1. Eine künftige Leistung kann auch bei bedingten Ansprüchen angenommen werden, da auch bei ihnen eine in der Bedingung enthaltene Befristung besteht. **RG. 51** 243; JW. **02** 312.

2. Der Ausdruck „sich entziehen“ setzt nicht, wie der Vorderrichter annimmt, ein auf Vereitelung der rechtzeitigen Leistung gerichtetes Verhalten des Schuldners voraus. „Der rechtzeitigen Lieferung sich entziehen“ ist gleichbedeutend mit „nicht rechtzeitig leisten werde“. Seuff. A. 57 376 (Naumb.).

3. Die Klage nach § 259 setzt ein besonderes Interesse des Gläubigers an der alsbaldigen Verurtheilung bezüglich der künftigen Leistungen voraus. Dieses Interesse besteht in der nach den Umständen gerechtfertigten Besorgniß, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Diese Besorgniß liegt namentlich dann vor, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit schon vor Eintritt der Fälligkeit bestritten hat. Sie kann aber auch aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheinen, so wenn wegen ungünstiger Vermögensverhältnisse oder Böswilligkeit des Schuldners anzurechnende ist, daß er unterlassen werde, seine Verpflichtung freiwillig zur richtigen Zeit zu erfüllen. Der Ausdruck „sich der rechtzeitigen Leistung entziehen“ deutet auf ein besonders „schuldhaftes“ Verhalten des Schuldners hin, so daß nicht genügen würde, wenn bloß die Besorgniß begründet erscheint, daß der Schuldner durch ihm nicht zuzunehmende Umstände an der rechtzeitigen Lieferung verhindert sein werde. OLG. 5 56 (Posen).

4. Beharrliches Abstreiten der Leistungspflicht begründet die Besorgniß, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Der § 259 ist auch dadurch nicht ausgeschlossen, wenn anzunehmen ist, der Schuldner werde auf Grund eines Feststellungsurtheils leisten. OLG. 3 135 (Karlsr.).

5. (592.) Auf künftige Leistung kann im Wechselprozesse geklagt werden, wenn der Wechselverpflichtete erklärt hat, seine Schuld nicht bezahlen zu wollen. OLG. 5 57 (Hamb.).

6. Ueber die Möglichkeit einer bedingten Verurtheilung auf Grund des § 259 vgl. OLG. 5 58 (Königsb.).

§ 260. Hellwig, Anspruch: 1. Wenn aus verschiedenen Thatbeständen verschiedene Ansprüche entstehen, die dasselbe rechtliche Interesse des Gläubigers zu befriedigen bestimmt sind (s. H. 4 zu § 268 CPO.), spricht Hellwig, 105 von einfacher Anspruchskonkurrenz.

2. Alternative Anspruchskonkurrenz liegt vor, wenn ein Thatbestand oder verschiedene Thatbestände Ansprüche erzeugen, die zwar dasselbe wirthschaftliche Interesse des Gläubigers befriedigen sollen, aber auf einem verschiedenen rechtlichen Wege, so daß nur die Realisirung des einen oder des anderen Anspruchs möglich ist. 105 ff. (s. H. zu § 262 BGB.).

3. Hellwig 98 ff. betont energisch, daß nach BGB. ein und derselbe Thatbestand nur einen Anspruch erzeugt, der Inhalt dieses Anspruchs ist, wenn er in dem Gesetz unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten geregelt ist, aus der Verbindung der sämmtlichen in Betracht kommenden Normen zu bestimmen. Es liegt keine Anspruchskonkurrenz, höchstens Gesetzeskonkurrenz vor (106).

ad 1. Die verschiedenen Ansprüche können in selbständiger Weise geltend gemacht werden, die Rechtshängigkeit und Aburtheilung des einen hindert nicht die Geltendmachung des anderen; aber einmalige Leistung tilgt alle Ansprüche. (106). Sie können auch in einer Klage geltend gemacht werden; die Zuständigkeit und die Zulässigkeit der Prozeßart bestimmt sich für jeden nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Die Geltendmachung der mehreren konkurrirenden Ansprüche in einer Klage ist Klagenhäufung im Sinne des § 260. Fehlt nur bezüglich eines Anspruchs eine Prozeßvoraussetzung, oder ist er unbegründet, der andere aber begründet, so erfolgt selbständiges Urtheil über jeden der Ansprüche (ev. Theilurtheil). Das zeigt sich klar, wenn nicht auf Leistung, sondern auf Feststellung der verschiedenen Ansprüche geklagt wird. Die Abweisung des einen Anspruchs macht keine Rechtskraft gegen den anderen. Ist ein Anspruch durch Klage auf

Leistung rechtskräftig zuerkannt, so ist der zweiten Leistungsklage der Rechtsschutz zu versagen, falls nicht der Kläger ein besonderes Interesse an nochmaliger Verurtheilung hat (anders bei bloßen Feststellungsklagen). Anspruch 106 ff.

ad 2. Bei alternativer Klagenkonkurrenz kann der Gläubiger

a) entweder isolirt einen nach dem anderen Anspruch einklagen, sofern in der Klagerhebung keine definitive Ausübung des Wahlrechts liegt. Es ist auch zulässig, von dem Anspruch auf die prinzielle Leistung auf die Forderung der Ersatzleistung überzugehen u. s. w.;

b) beide Ansprüche in einer Klage geltend machen. Der Klagantrag geht dann auf Verurtheilung zu der einen oder anderen Leistung. Im Falle einer facultas alternativa ist es zulässig, auf die primäre Leistung und sogleich eventuell auf die Ersatzleistung zu klagen. Es liegt dann eine Häufung eines Anspruchs auf die primäre Leistung, der resolutiv bedingt ist, und des suspensiv bedingten Anspruchs auf die Ersatzleistung vor. Die Zulässigkeit einer Klage aus einem suspensiv bedingten Anspruche folgt aus CPO. 259 Die Frage, ob es zulässig ist, in der Klageschrift die bestimmte Angabe des Inhalts der Ersatzleistung vorzubehalten so daß zunächst Theilurtheil bezüglich des primären Anspruchs ergeht und Vollstreckung versucht werden kann, will Hellwig, Anspruch 114 per analogiam aus § 254 bejahen. In jedem Falle hält H. einen Eventualantrag auf Feststellung für zuläsfig; auch auf bloße Feststellung der Verpflichtung, den für den Fall der Nichterfüllung der prinzipalen Obligation entstehenden Schaden zu ersetzen. Hellwig, Anspruch 110 ff.

ad 3. Bei Gesetzeskonkurrenz ist nur ein Anspruch, der von allen Gesichtspunkten aus geprüft werden muß. Der Kläger muß vor Schluß der Verhandlung alle Momente, von denen die Anwendung der verschiedenen Normen abhängt, anführen. Das nachträgliche Vorbringen neuer Gesichtspunkte ist keine Klagänderung. Der Geltendmachung desselben Anspruchs unter einem anderen Gesichtspunkte würde die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen. Eine Nachforderung ist nur möglich, wenn im ersten Prozesse nur ein Theil geltend gemacht wurde. Hellwig, Anspruch 109.

II. 1. Liegt bei gleichem Klagebegehren eine Verbindung verschiedener Klagen vor, so ist es zulässig, die primär angestellte Klage bedingt abzuweisen und die event. Klage dem Grunde nach zuzusprechen. Hat das erstinstanzliche Gericht in solchem Falle die eventuelle Klage dem Grunde nach abgewiesen, so kann es kommen, daß das Berufungsgericht, wenn es die eventuelle Klage dem Grunde nach zuspricht, die Sache zur Verhandlung über die Höhe in die erste Instanz nach § 538 Nr. 3 CPO. zurückverweisen muß, wiewohl auch die primäre Klage über die Höhe bereits durch bedingtes Endurtheil erkannt ist. **RG. JW. 01** 574.

2. Die Verbindung einer auf § 771 CPO. gestützten Klage mit dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer nach § 942 erlassenen Verfügung ist prozessual zulässig. Eine solche Verbindung liegt vor, wenn der Kläger in der Klageschrift gemäß § 771 Aufhebung der Zwangsvollstreckung, daneben aber die Aufrechterhaltung einer vom Amtsgericht erlassenen einstweiligen Verfügung beantragt, bezüglich deren dem Kläger gemäß § 926 CPO. vom Amtsgericht aufgegeben worden war, den Beklagten binnen einer bestimmten Frist zur mündlichen Verhandlung über die Zweckmäßigkeit der einstweiligen Verfügung zu laden. **RG.** R. **01** 49.

3. In der gleichzeitigen Erhebung der persönlichen und der dinglichen Klage ist nicht lediglich eine Verbindung verschiedener Klagegründe für das-

-selbe Klagebegehen zu finden — in welchem Falle hinsichtlich der einzelnen Klagegründe nicht der Erlaß eines Theilurtheils, vielmehr nur der Erlaß eines Zwischenurtheils zulässig gewesen wäre. Es liegt vielmehr der Fall objektiver Klagenhäufung vor. OLG. 3 138 (KG.).

§ 263. I. Hellwig, Anspruch 178 ff. Die Unzulässigkeit der mehrfachen Anhängigmachung des gleichen Urtheilsbegehrens gilt nur für dieselben Prozeßparteien. Für die Sondernachfolger in das streitige Recht verbietet sich die Klage aus ihm nach § 265 II, dagegen ist eine Klage gegen den Sondernachfolger zulässig.

Außer der Identität der Parteien ist Identität der Streitsache erforderlich. Und zwar genügt nicht nur die Identität des den Prozeßgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses, sondern auch das Klagebegehren muß in beiden Fällen auf die Herbeiführung der gleichen Urtheilswirkung gerichtet sein.

Das Gericht hat die Rechtshängigkeit nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern nur, wenn der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erhebt, es sei denn, daß bereits durch Urtheil die Sache entschieden ist. Der Rechtsmittelweg ist hier der einzige Weg zu einer Aenderung des Urtheils. Hellwig, Anspruch 178 ff.

II. 1. Vor Zustellung der Klage ist — abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 500, 510 — ein Prozeß im Sinne der CPO. nicht vorhanden.

Erledigt sich daher vorher die Klage, so kann das Verfahren nicht wegen der entstandenen Kosten fortgesetzt werden. Dieselben müssen vielmehr im Wege eines besonderen Prozesses als Schadensersatzansprüche verlangt werden. OLG. 2 299 (Karlsr.).

2. Die Einrede der Rechtshängigkeit erfordert Identität der Streitsache und insbesondere Identität des den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anspruchs. RG. DJZ. 02 581.

3. Rechtshängigkeit tritt nicht durch bloße Verlesung eines Antrags ein. OLG. 5 25 (KG.).

4. Der Satz, daß die Einrede der Rechtshängigkeit denselben Umfang habe, wie die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, kann nicht aufrecht erhalten werden. Die Einrede der Rechtshängigkeit erfordert nach § 263 CPO. Identität der Streitsache. Die Einrede der Rechtskraft kann sich dagegen auch auf ein einzelnes Moment des Rechtsstreits beziehen, z. B. auf einen Anspruch, dessen Bestehen oder Nichtbestehen die positive oder negative Bedingung des den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anspruchs darstellt. Selbst wenn die den Gegenstand beider Prozesse bildenden Ansprüche identisch sind, braucht nicht Identität der Streitsachen vorzuliegen, und kann die Einrede der Rechtshängigkeit ausgeschlossen, die Einrede der Rechtskraft begründet sein. Während z. B. die Zuerkennung der negativen Feststellungsklage Rechtskraftwirkung gegenüber der zukünftigen Leistungsklage erzeugt, begründet jene Klage dieser gegenüber nicht die Einrede der Rechtshängigkeit. RG. 50 416.

Hierzu OLG. Dresden, Annalen 23 547: Die Erhebung der negativen Feststellungsklage durch den Schuldner begründet keine Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Leistungsklage des Gläubigers.

5. Die Einrede der Rechtshängigkeit ist zwar nicht begründet, wenn in den einzelnen Prozessen verschiedene Theile derselben Forderung eingeklagt werden. Dagegen ist Rechtshängigkeit vorhanden, wenn wegen desselben Unfalls mehrere Klagen wegen verschiedener Einwirkungen auf die Gesundheit erhoben werden. RG. 47 407.

6. a) Ein Rechtsstreit, der gegen eine offene Handelsgesellschaft wegen einer Gesellschaftsschuld anhängig gemacht worden ist, begründet für den später in einem

zweiten Prozesse wegen derselben Gesellschaftsschuld belangten einzelnen Gesellschafter die Einrede der Rechtshängigkeit.

b) Einer im Inland erhobenen Klage kann auf Grund eines im Ausland anhängigen Rechtsstreits die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreit ergehende Urtheil im Inland als Urtheil anzuerkennen ist. 328 Abs. 1 N. 5. **RG. 49** 340.

7. (§ 322 Abs. 2). Das Vorbringen eines klageweise in einem anderen Prozesse geltend gemachten Anspruchs im Wege der Aufrechnungseinrede ist nicht als ein „anderweites Anhängigmachen" anzusehen, da ein solches Anhängigmachen mit dem Begriffe der „Rechtshängigkeit" identisch ist. Rechtshängigkeit kann aber nicht durch das Vorbringen einer Einrede entstehen.

Die gegentheilige Ansicht, die besonders darauf beruht, daß Rechtshängigkeit und Rechtskraft stets mit einander korrespondiren müßten, hat durch die jetzige Fassung, wonach nur die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, der Rechtskraft in gewissem Umfange fähig ist, erhebliche Beweiskraft eingebüßt. Diese Ansicht wird unhaltbar, wenn man erwägt, daß, wenn eine rechtskräftig zuerkannte Forderung in einem anderen Prozesse zur Aufrechnung im Wege der Einrede zugelassen werden muß, kein Grund erfindlich ist, weshalb nicht eine rechtshängige Forderung in derselben Weise zur Aufrechnung benutzt werden dürfte. OLG. **2** 300 (Köln).

8. a) Rechtshängig wird der Klaganspruch so, wie er sich in der Klage darstellt, ohne Rücksicht auf den Willen des Klägers. Dadurch, daß sich der Klaganspruch zwischen Einreichung der Klage bei Gericht und der Zustellung ganz oder theilweise erledigt, wird die Zuständigkeit des Gerichts nicht berührt. Seuff. A. **56** 239 (Marienw.).

b) Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich nach den Umständen zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls, d. h. nach der Höhe des durch den Zahlungsbefehl erhobenen Anspruchs, und wird durch eine nachher geschehene Ermäßigung des Anspruchs nicht berührt. Ob die spätere Ermäßigung erfolgt, weil der Anspruch schon bei Zustellung des Zahlungsbefehls nicht in der geltend gemachten Höhe bestand oder weil er durch spätere Ereignisse, z. B. Zahlung, eine Minderung erfahren hat, ist gleichgültig. OLG. **5** 113 (Celle).

9. Ein unzuständiges Gericht kann nachträglich durch Veränderung des Wohnsitzes des Beklagten zuständig werden. OLG. **5** 112 (Rostock).

10. Der Verzicht auf eine prozeßhindernde Einrede kann in jeder Form, insbesondere auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Eine vorbehaltlose Verhandlung zur Hauptsache im letzten Termine schließt nothwendig einen Verzicht in sich. OLG. **3** 57 (Darmst.).

§ 264. 1. Erachtet das Gericht die Aenderung der Klage für unstatthaft, so darf es nicht über den Anspruch materiell entscheiden.

Thut es dies dennoch, so tritt insoweit keine Rechtskraft ein. **RG.** JW. **02** 92, 250.

2. „Ermessen" ist nicht Willkür, sondern pflichtmäßiges Ermessen. Dem Berufungsgerichte steht daher die Nachprüfung zu. BadRpr. **00** 290 (Karlsr.).

3. Ist die Klage auf einen Anerkenntnißvertrag gestützt, so bildet das Zurückgehen auf das dem Anerkenntnißvertrage zu Grunde liegende Schuldverhältniß eine Klagänderung. OLG. Dresden im Sächs. A. **12** 499.

4. Wenn der Kläger zunächst nur dinglich darauf geklagt hat, sein Eigenthum vor künftigen Beeinträchtigungen zu bewahren und sich dabei ausschließlich auf BGB. § 1004 stützt, der im Gegensatze zur Negatorienklage des früheren sächsischen Rechtes dem Eigenthümer nicht ohne Weiteres auch die Berechtigung verleiht, den Ersatz des ihm durch die Eigenthumsbeschränkung zugefügten

Schadens vom Störer zu verlangen, so bildet die nachträglich erhobene Schadensersatzforderung, wiewohl ihr an sich und abgesehen von der für sie allein wesentlichen Verschuldungsfrage dieselben thatsächlichen Vorgänge zum Ausgangspunkte dienen, wie der Eigenthumsfreiheitsklage, doch weder einen Theil des ursprünglichen Streitgegenstandes, noch stellt sie sich im Verhältnisse hierzu als eine Nebenforderung dar. Vielmehr liegt eine unter § 264 fallende Klagänderung vor. OLG. Dresden, SächsA. **12** 495.

5. Der Uebergang von der konkreten Schadensberechnung zur abstrakten läßt den Klagegrund unberührt und ist deshalb als Klagänderung nicht anzusehen. OLG. Breslau R. **02** 590.

6. (268.) Die einzelnen Thatsachen, die nach § 1041 die Aufhebung eines Schiedsspruchs zu begründen geeignet sind, sind selbständige Klagegründe; es genügt nicht, schlechthin auf Aufhebung des Schiedsspruchs zu klagen, sondern die Klage muß den Aufhebungsgrund bezeichnen, auf den sie gestützt wird, die Geltendmachung eines anderen Aufhebungsgrundes ist Einführung eines neuen Klagegrundes, also Aenderung der Klage. BayrObLG. R. **02** 590.

7. (268.) Als eine unzulässige Klagänderung ist es anzusehen, wenn der Einwand des Beklagten gegen die ursprüngliche Klage aus einem Wechsel zu deren Abweisung führen müßte und Kläger nunmehr den Anspruch auf Grund des materiellen Schuldverhältnisses aufrecht erhält. Die Vertheidigung des Beklagten ist als wesentlich erschwert anzusehen, da er bereits auf Grund des Einwandes gegen die ursprüngliche Wechselklage durchgedrungen ist. LG. Berlin R. **02** 591.

§ 265. I. 1. Hellwig, Rechtskraft S. 150 ff.: Abgesehen von CPO. §§ 239, 242 findet eine Sukzession in ein schwebendes Prozeßverhältniß nicht von selbst statt, sondern nur durch Uebernahme nach § 265 II 2 und § 266. Von einer Erstreckung der Rechtskraft auf den Nachfolger ist hier keine Rede; denn die Entscheidung ergeht ihm selbst gegenüber. In den Regelfällen aber unterbleibt die Sukzession in das Prozeßverhältniß.

Unter Veräußerung ist nach BGB. nur die rechtsgeschäftliche Verfügung zu verstehen. Auf andere als rechtsgeschäftliche Sukzessionen (Zwangsverfügungen, von Gesetzes wegen eintretende Rechtsänderungen) ist aber § 265 analog anzuwenden. 151 ff.

Die Bedeutung des § 265 ist, daß das Veräußerungsverbot des römischen Rechtes ganz beseitigt ist. In materiell-rechtlicher Beziehung hat die zugelassene Veräußerung nach allen Seiten hin (auch dem Gegner gegenüber) die ihr zukommende Wirkung. Abs. 3 enthält dann nur das Gegentheil des in Abs. 2 S. 1 Gesagten (153 ff.). Der nicht mehr berechtigte Veräußerer führt den Prozeß über die Berechtigung seines Nachfolgers (155); er ist Prozeßpartei, obwohl er nicht mehr der Berechtigte ist (vgl. den analogen Fall im BGB. § 1380). Dem Veräußerer fehlt die Sachlegitimation, da er nicht Berechtigter und auch kein Verwaltungsberechtigter ist (158).

Da der Veräußerer Partei bleibt, so ist er zu allen Prozeßhandlungen legitimirt, insbesondere zu Klageverzicht, Anerkennung und Prozeßvergleich (158 ff.).

Das Urtheil ergeht zwar auf den Namen des Veräußerers; aber da darüber geurtheilt wird, ob das streitige Recht des Nachfolgers begründet sei oder nicht, so muß bei Klagen auf Leistung die Verurtheilung zur Zahlung an den Nachfolger erfolgen (159). Aendert der Kläger auf die Einwendung des Beklagten hin seinen Antrag nicht, so ist er mit der Klage abzuweisen (159 N. 28).

Nur der Kläger ist zur Exekution legitimirt und zwar nur nach Maßgabe des Titels, also derart, daß der Gerichtsvollzieher den Erlös an den Nachfolger

abzuliefern hat. Dieser kann nur nach CPO. §§ 727, 737 das Recht zur Zwangsvollstreckung erlangen, also erst nach Rechtskraft (160 ff.).

Da die Feststellung des Urtheils sich auf die letzte Thatsachenverhandlung bezieht, so muß der Beklagte die Einwendungen aus der Person des Veräußerers und aus der Person des Nachfolgers (z. B. Aufrechnung) rechtzeitig vorbringen (161 ff.).

Die Erstreckung der Rechtskraft auf den Nachfolger ist eine sekundäre Folgeerscheinung davon, daß der Veräußerer das Recht zur Prozeßführung behält, obwohl er aufgehört hat, Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses zu sein (163).

Der Umfang der Rechtskraftwirkung zwischen dem Beklagten und dem Nachfolger ist derselbe wie zwischen den Parteien selbst. Der Erwerber kann ebensowenig wie der Beklagte solche Thatsachen vorbringen, die präkludiert sind. Das Urtheil bindet den Nachfolger so, wie es gefällt ist. Das gilt auch von der Rechtszuständigkeit. Die Kenntniß des Beklagten von der Veräußerung ist bedeutungslos (164/165).

Der Nachfolger muß das Urtheil auch dann schlechthin gegen sich gelten lassen, wenn der objektive Inhalt der Entscheidung in Folge der mangelhaften Prozeßführung des Autors dem wirklichen Rechtszustande nicht entspricht. Dagegen steht dem Regresse des Nachfolgers gegen den Veräußerer (nicht gegen den Prozeßgegner) die Rechtskraft nicht entgegen (166).

Voraussetzung der Rechtskrafterstreckung ist, daß der Veräußerer das Recht zur Prozeßführung über das ihm fremde Rechtsverhältniß hatte (166 ff.). Das ist nur der Fall, sofern der fortgesetzte Prozeß über das zur Zeit der Veräußerung anhängige Recht geführt wird. Ausnahme nur, wo § 407 II BGB. konkurrirend eingreift.

Nach § 265 III ist in den Fällen, in denen nach bürgerlichem Rechte der Erwerb von einem Nichtberechtigten wirksam ist, der Kläger nicht befugt, mit Wirksamkeit gegen den Nachfolger zu prozessiren, und auch der veräußernde Kläger ist nicht mehr befugt, mit Wirkung gegen den Erwerber zu prozessiren (168). Führt der Kläger den Prozeß weiter, obwohl er veräußert hat und der Erwerber die eben bezeichnete unabhängige Rechtsstellung hat, so schafft das Urtheil nur zwischen den Parteien Rechtskraft.

§ 265 III hat nur den gewöhnlichen Fall der vollen Rechtsübertragung im Auge. Bei Anwendung des § 265 III auf die Fälle der konstitutiven Sukzession müssen diejenigen Vorschriften außer Anwendung bleiben, die nur für jenen Normalfall passen (171).

Die Pfändung oder Verpfändung einer Forderung während des Prozesses hat auf eine Feststellungsklage keinen Einfluß. Bei Klage auf Zahlung zeigt sich die materielle Aenderung darin, daß der Kläger auf Zahlung an den Pfandgläubiger oder beide oder auf Hinterlegung klagen muß. Wird der Antrag nicht geändert, so wird auch hier die Rechtskraft gegen den Pfandgläubiger nicht gehindert. Einer während dieses Prozesses erhobenen Klage des Pfandgläubigers gegen den Drittschuldner steht die Einrede der Unzulässigkeit der Klage entgegen (171 ff.).

Bei kumulativer Sukzession hört die Aktivlegitimation des Klägers nicht auf. Die Entscheidung schafft Rechtskraft gegenüber dem eintretenden Gesammtgläubiger nach BGB. §§ 429, 425 II, da diese voraussetzen, daß die Gesammtberechtigung bereits vor der Rechtshängigkeit bestand (172).

Hat der Beklagte veräußert, so ist zu unterscheiden (Hellwig, Rechtskraft 172 ff.):

a) Bei Feststellungsprozessen hat § 265 nur dann eine Bedeutung, wenn durch die Veräußerung das Feststellungsinteresse des Klägers gegenüber dem Beklagten weggefallen ist. Hier prozessirt der Beklagte mit Wirksamkeit gegen den Nachfolger weiter. Ist durch die Veräußerung das materielle Recht des Klägers untergegangen, so ist die Aufrechterhaltung des Feststellungsantrags unbegründet (173 ff.)

b) Bei Leistungsklagen gegen den Beklagten als den jetzigen Eigenthümer oder als den gegenwärtigen Besitzer wird, wenn der Besitz oder das Eigenthum als solche den Anspruch begründen, die Verpflichtung des Beklagten aus diesem Anspruche durch die Veräußerung aufgehoben (so bei Ansprüchen aus §§ 985, 861, 1007 BGB). Die zu entscheidende Frage ist nunmehr die, ob der Anspruch gegen den Erwerber und nunmehrigen Besitzer begründet ist (174 ff.). Der Kläger muß deshalb ein Urtheil herbeiführen, welches ausdrücklich den Nachfolger als denjenigen nennt, gegen den der Anspruch begründet ist (176).

Tritt der Nachfolger in die Verpflichtung des Beklagten ein, ohne daß diese erlischt, so bleibt die Passivlegitimation des Beklagten bestehen. Er führt den Prozeß über seine Verpflichtung weiter und prozessirt zugleich über die Verpflichtung des Erwerbers und über beide wird in einem Male entschieden (177).

Auch hier erstreckt sich die Rechtsnachfolge nur insoweit, als der Dritte aus der von dem Beklagten prätendirten Rechtsposition Recht ableitet oder als er in die im Prozesse befangene Verpflichtung des Beklagten durch die Nachfolge in das diese erzeugende Rechtsverhältniß wirklich eingetreten ist (178).

Im Streite befangen ist eine Sache dann, wenn sie 1. Objekt des abzuurtheilenden dinglichen Rechtes ist oder 2. wenn ein Anspruch Prozeßgegenstand ist, der den jedesmaligen Erwerber eines Rechtes an der Sache oder den jedesmaligen Besitzer der Sache trifft. 338 (s. H. zu § 325).

2. Weidlich, Gruchots Beitr. **45** 285 ff. Abs. 1: Aus Abs. 1 folgt nur die Zulässigkeit, nicht die sofortige Vollwirksamkeit der Streitveräußerung; vielmehr ist nach Abs. 1 jede Regelung der Veräußerungswirkungen möglich, die die Thatsache eines gültigen Veräußerungsakts bestehen läßt. Da mehrere solche Regelungen möglich sind, so bedarf die Art der materiellen wie prozessualen Wirkungen des Veräußerungsgeschäfts der näheren Bestimmung durch Abs. 2, der demnach nicht nur prozessualer, sondern auch materieller Natur ist. Abs. 1 wäre mit Einführung des neuen Reichsrechts, welches das gemeinrechtliche Veräußerungsverbot nicht mehr kennt, zu streichen gewesen.

Abs. 2. Die Streitveräußerung übt nicht, wie die bisherigen Auslegungen annehmen, sogleich volle materielle Wirksamkeit; sondern entsprechend dem begriffswesentlichen Momente der Rechtshängigkeit, vermöge dessen streitige Rechte durch die richterliche Anerkennung bedingt erscheinen, also auch nur bedingten Verkehrswerth haben, ist der Eintritt der Wirkungen des Veräußerungsgeschäfts, mag es auch von den Parteien sogleich vollwirksam beabsichtigt sein, kraft Gesetzes für die Dauer der Rechtshängigkeit aufgeschoben. Das gültige Veräußerungsgeschäft übt die seinen Zweck zu sichern bestimmten Vorwirkungen; in volle Wirksamkeit tritt es aber erst im Falle und Umfang eines zu Gunsten des Veräußerers erfolgenden Prozeßausganges, genauer: Wegfalls der Rechtshängigkeit. Die Streitveräußerung ist demgemäß als eine kraft Gesetzes (also uneigentlich) aufschiebend bedingte zu bezeichnen (condicio juris potestativa). Der Erwerber hat die Rechtsstellung eines aufschiebend bedingt Erwerbenden. Die §§ 158 ff. BGB. finden analoge Anwendung.

Die Streitveräußerung hat danach „auf den Prozeß keinen Einfluß“: materielle und prozessuale Rechtsstellung des Veräußerers werden nicht berührt, auf

ihn lautet das Urtheil, seiner Person werden die Einreden entnommen, ihm fallen die Prozeßkosten zur Last, für und gegen ihn geht an sich auch die Zwangsvollstreckung; keine Aenderung des Partei- oder Nebeninterventionsbegriffs, keine Fiktion, keine Klagänderung, kein Streit über die Rechtsnachfolge. Richter und Gegenpartei brauchen sich um die Veräußerung regelmäßig in keiner Weise zu kümmern. Der Erwerber andererseits hat in der Zwischenzeit die gesicherte Anwartschaft auf den ihm für einen künftigen Fall veräußerten Anspruch, während bei der Veräußerung der streitbefangenen Sache die Frage des Besitzes und der Nutzungen bis zur Beendigung des Prozesses sich rein thatsächlich erledigt oder doch jedenfalls aus dem Veräußerungsgeschäft und seinen Begleitumständen ein diesbezüglicher Parteiwille feststellbar ist. — Erst im Vollstreckungsstadium ist die Rechtsnachfolge gemäß § 767 Abs. 2 CPO. voll beachtlich, aber auch hier nicht von Amtswegen. 299 ff.

3. Ueber den Eintritt des sachlich Berechtigten in einen Prozeß, den ein Anderer kraft der ihm zustehenden Verfügungsmacht geführt hat, äußert sich **Kiehl**, Buschs Z. **30** 289 ff.: Sind die Rechtsbefugnisse an einer Vermögensmasse unter verschiedene Personen derart getheilt, daß dem einen Theile, dem Eigenberechtigten, das Herrschaftsrecht verbleibt, dem anderen Theile dagegen das für den Eigenberechtigten verbindliche Verfügungsrecht kraft eigenen Rechtes zusteht, und hat ein so Verfügungsberechtigter über einen seiner Verfügung unterstehenden Gegenstand, sei es als Kläger, sei es als Beklagter, einen Prozeß geführt, so ist der Herrschaftsberechtigte, wenn das Verfügungsrecht des Anderen während des Prozesses aufhört und auf ihn selbst zurückgelangt, sowohl berechtigt wie auch verpflichtet, an Stelle jenes in den Prozeß einzutreten, und dieser Eintritt vollzieht sich, ohne Unterbrechung des Verfahrens, im Wege einfacher Prozeßerklärung oder Ladung. — Die einschlägigen Grundsätze von der Stellvertretung, sowie diejenigen von der Rechtsnachfolge sind dagegen nicht anwendbar, weil zwischen dem Eigenberechtigten und dem Verfügungsberechtigten weder Stellvertretung noch Rechtsnachfolge stattfindet. Es liegt vielmehr ein vom Gesetze besonders ausgebildetes Rechtsinstitut vor, dessen materielle Wirkung es ist, daß der Herrschaftsberechtigte die Rechtsfolgen der Verwaltung des vormals Verfügungsberechtigten — innerhalb seiner Zuständigkeit — für sich gelten lassen kann und gegen sich gelten lassen muß, mithin auch die der Prozeßführung. Solange die Verfügungsmacht des Anderen bestand, galt dieser selbst als die Prozeßpartei, weil er kraft eigenen Rechtes, wenn auch im Interesse und für Rechnung des Herrschaftsberechtigten handelte; aber materill war auch schon zu jener Zeit der letztere der im Prozesse Betheiltgte, weil res sua acta est.

Im ersten Abschnitte seines Aufsatzes behandelt **Kiehl** das dem Amte des Konkursverwalters, des Sequesters und des Testamentsvollstreckers innewohnende Verfügungsrecht, und zwar zunächst die juristische Natur der drei Aemter. Er nimmt mit dem Reichsgericht an, daß der Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ ist, das seine Legitimation aus dem Gesetze selbst entnimmt und kraft eigener Befugniß handelt. Die Stellung eines Zwangsverwalters entspricht begrifflich derjenigen des Konkursverwalters. Ebenso handelt es sich schließlich beim Testamentsvollstrecker um eine Verfügungsmacht über fremdes Vermögen, ohne daß sie unmittelbar auf dem Rechte des Eigenthümers beruht und ohne daß insbesondere Stellvertretung stattfindet. Er ist auch nicht Subjekt des Nachlasses. **Kiehl** erörtert nunmehr, wie sich der Eintritt des früheren Gemeinschuldners, des Grundstückseigenthümers und des Erben in einen Prozeß gestaltet, in dem bis zur Erledigung des Konkurses, der Zwangsvollstreckung und der Testamentsvollstreckung der Verwalter bzw. der Testamentsvollstrecker Kläger oder Beklagter gewesen war. Resultat: der frühere

Gemeinschuldner, der Grundstückseigenthümer und der Erbe haben sowohl das Recht, wie auch die Verpflichtung, in den bis zur Beendigung des Konkurses, der Zwangsverwaltung und der Testamentsvollstreckung vom Verwalter bzw. vom Testamentsvollstrecker, sei es als Kläger, sei es als Beklagtem, geführten Prozeß einzutreten, und zwar das Recht, weil materiell der Prozeß von Anbeginn ihrer eigenen Rechtssphäre angehört und die Gegenpartei andererseits kein anerkennenswerthes Interesse hat, den Eintritt zu verbieten; die Verpflichtung, weil sie alle Rechtsfolgen der voraufgegangenen Verwaltung gelten lassen und auf sich nehmen müssen.

Weiter wird das Recht des Ehemanns am Frauengute, des Vaters am nichtfreien Kindesvermögen und das Verhältniß zwischen dem vorausgehenden und dem nachfolgenden Fideikommißbesitzer erörtert. Was die beiden ersten Fälle anlangt, so ist, wenn der Ehemann oder der Vater über ein zum Ehe- bzw. Kindesgut gehöriges Rechte im Prozesse begriffen war und sein Verwaltungsrecht endet vor Beendigung des letzteren, die Ehefrau wie das Kind sowohl berechtigt wie verpflichtet, in jenen Prozeß als neue Partei einzutreten. Hat umgekehrt die Ehefrau über ein ihrem Vermögen angehörendes Recht einen Prozeß geführt und ist der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung erst durante processu eingetreten, so ist die entsprechende Anwendung des § 265 der CPO. angezeigt. — Im Verhältnisse zwischen dem früheren und dem nachfolgenden Fideikommißbesitzer darf eine Rechtsnachfolge nicht angenommen werden. Der nachfolgende Fideikommißbesitzer hat zwar inhaltlich die gleiche Stellung wie sein Vorgänger, unrichtig ist es dagegen, daß er sie vom Vorgänger herleite. Der Eintritt des Fideikommißbesitzers in den Prozeß vollzieht sich nicht nach § 239 der CPO., sondern durch einfache Prozeßerklärung und Ladung.

Vormund, Gewalthaber, Pfleger sind gesetzliche Stellvertreter. Was die Nachlaßverwaltung betrifft, so hat hier der Pfleger materiell die Stellung desjenigen, der die Verfügungsmacht an einer Vermögensmasse selbständig und kraft eigenen Rechtes ausübt; für den Prozeß dagegen gilt er als Vertreter des Erben. Bei allen anderen Pflegschaften hat er materiell wie prozessual die Stellung eines Vertreters.

Weiter wird die Rechtsnachfolge behandelt. Die CPO. enthält für den Fall der Rechtsnachfolge während des schwebenden Prozesses nur die §§ 239, 265. Das Anwendungsgebiet dieser Vorschriften ist eng umgrenzt. Kiehl behandelt nun des Näheren folgende zwei Fälle der Rechtsnachfolge:

a) die durch Begründung der allgemeinen Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten bedingte,

b) diejenige, die im Falle der Fusion einer Aktiengesellschaft stattfindet.

In einem Rückblick über die gewonnenen Ergebnisse weist Kiehl zum Schlusse darauf hin, daß die beiden Institute der Stellvertretung und andererseits der Verfügungsmacht kraft eigenen Rechtes klar aus einander gehalten werden müßten.

In einem Nachtrage endlich spricht Kiehl sich gegen das bekannte Urtheil des Reichsgerichts vom 29. April 1902 aus, wonach der Zwangsverwalter auch noch nach Beendigung der Zwangsverwaltung zur Fortführung der Prozesse legitimirt sei.

4. Auch bei Klagen aus Vormerkungen sind die Sachen als „im Streite befangene Sachen" anzusehen. Vgl. Bem. zu § 883 BGB. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, 111 Ziff. XXV.

II. 1. Nach Abtretung des Anspruchs hat Kläger den Antrag auf Zahlung der eingeklagten Summe an den Zessionar zu stellen. RG. 49 363.

2. Stimmt der Gegner der Uebernahme des Prozesses durch den Zessionar nicht zu, so ist dieser mit dem ungehöriger Weise neu eingebrachten Klagantrag abzuweisen. Die Prozeßsache bleibt unverändert rechtshängig. Das Urtheil ist kein Zwischenurtheil, sondern ein Endurtheil über den innerhalb des anhängigen Prozesses von einem neuen Kläger erhobenen Anspruch. **RG. 46** 320.

3. Nach Auflösung einer Handelsgesellschaft kann derjenige Gesellschafter, der die Aktiven und Passiven mit dem Rechte zur Fortführung der Firma übernommen hat, mit Zustimmung des Gegners den Prozeß allein fortsetzen. Die ausgeschiedenen Gesellschafter können als Zeugen abgehört werden. **RG.** JW. **02** 270.

4. Wenn der eine Theilhaber einer klagenden offenen Handelsgesellschaft während des Prozesses aus der Firma ausscheidet, der Gegner aber die Uebernahme des Rechtsstreits durch den verbliebenen Theilhaber der Firma und nunmehrigen Alleininhaber des Geschäfts als Rechtsnachfolger der Klägerin widersprochen hat, so ist die — an sich aufgelöste — Handelsgesellschaft nach wie vor als Hauptpartei anzusehen, und der ausgeschiedene Theilhaber kann nicht als Zeuge vernommen werden. OLG. Dresden im R. **02** 351.

5. Wenn durch bedingtes rechtskräftiges Endurtheil die Entscheidung von einem Eide einer Partei abhängig gemacht worden ist, so ist der bedingt verurtheilte Beklagte mit der Einrede, daß der Kläger die eingeklagte Forderung einem Dritten abgetreten habe, nicht mehr zu hören, die Verurtheilung im Läuterungsurtheile hat nach Maßgabe des bedingten Urtheils zu erfolgen. **RG.** in SächsA. **13** 218.

6. Abs. 3. a) Die Streitveräußerungsregelung des Abs. 2 greift — abgesehen von den im Gesetze bestimmten Ausnahmen — nicht Platz gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des rechtshängigen Anspruchs oder der streitbefangenen Sache. Voraussetzung ist aber, daß der Erwerber die Rechtshängigkeit beim Geschäftsabschlusse überhaupt nicht gekannt habe. Weidlich a. a. O. 303.

b) α. Der Einwand aus § 265 Abs. 3 CPO. setzt nicht voraus, daß diejenigen Rechtsbeziehungen, wegen deren das im Prozesse des Zedenten ergehende Urtheil gegenüber dem Zessionar nicht gelten soll, im Prozeß ersichtlich werden. Aus diesem Grunde kann der Einwand auch dem Hypothekenzedenten dann entgegengehalten werden, wenn es sich im Prozeß um die Fälligkeit der Hypothek handelt, wenn auch für die Fälligkeit der öffentliche Glaube des Grundbuchs ohne Bedeutung ist.

β. Wird mit einer Hypothekenklage die persönliche Klage verbunden, so ist die Bestreitung der Aktivlegitimation nach Abtretung der Hypothek auf die dingliche Klage beschränkt. **RG. 49** 363 ff., JW. **01** 374.

§ 266. 1. Abs. 1. § 266 findet Anwendung auf den Erwerb eines mit einer Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld belasteten Grundstücks, oder eines vermietheten und im Miethbesitze stehenden Grundstücks oder eines Grundstücks, von dessen Eigenthümer als solchem kraft Nachbarrechts eine Leistung (Thun oder Unterlassen) gefordert werden kann. Hellwig, Rechtskraft 328 ff.

2. Abs. 2. Die Kenntniß der Rechtshängigkeit hat gleichen Einfluß wie die Kenntniß der Mangelhaftigkeit der materiellen Rechtsstellung des Vorgängers. Im Falle des § 325 Abs. 3 muß der Erwerber unter allen Umständen den anhängigen Prozeß übernehmen. Hellwig, Rechtskraft 179.

3. Die Fälle dieses Paragraphen sind durch die allgemeine Streitveräußerungsnorm des § 265 CPO. gedeckt. Die Aufstellung der Befugniß und möglicherweise Verpflichtung des Erwerbers, in den Rechtsstreit einzutreten, ist nicht eine Forderung des Grundstücksrechts, sondern erscheint geboten nur bei

unfreiwilligen, aber auch bei sämmtlichen unfreiwilligen Streitveräußerungen. Das müßte § 266 aussprechen. In seiner jetzigen Gestalt als Sonderbestimmung für Grundstücke ist er dagegen entbehrlich. Weidlich a. a. O. 313.

§ 268. I. Bei der Individualisirung der einzelnen Rechte und Rechtsverhältnisse unterscheidet Hellwig, Anspruch 77 ff.

1. Die konkreten Rechtsverhältnisse des Sachenrechts, der Persönlichkeitsrechte und des Familienrechts werden individualisirt durch die Person des Berechtigten, Art und Inhalt des Rechtes und durch dessen Objekt. Unerheblich ist die Entstehungsursache. Ein Pfandrecht, das eine spezielle Pfandschuld voraussetzt, wird durch diese spezialisirt: so also das Mobiliarpfandrecht, die Sicherungshypothek und die Verkehrshypothek. Die Grundschuld kann nur durch ihren eigenen Entstehungsgrund von anderen unterschieden werden.

2. Das Erbenverhältniß wird durch den Berufungsgrund spezialisirt.

3. Bei den Rechten des rechtlichen Könnens (bei denen der Berechtigte durch seine Willenserklärung eine Rechtswirkung direkt herbeiführen kann) bestimmt sich die Individualität eines Rechtes nach den Gründen, aus denen die Rechtswirkung entspringt, nicht nach der Art und dem Inhalte der Rechtswirkung. Das gilt insbesondere für die Gläubigeranfechtungsrechte (siehe Hellwig zu K.O. § 29).

4. Die Ansprüche im Sinne des BGB. sind nur dann identisch, wenn es sich um dieselben Personen, denselben Gegenstand (Inhalt der Leistung) und denselben Rechtsgrund handelt. Hellwig, Anspruch 86 ff.

a) Verschieden ist die Person des Berechtigten bezw. Verpflichteten, wenn mehrere Personen derart verpflichtet oder berechtigt sind, daß die Leistung nur einmal gemacht zu werden braucht. Eine Verschiedenheit der Ansprüche liegt vor, wenn ein Gläubiger seine Forderung einem Dritten verpfändet hat, sowie dann, wenn die Forderungen oder Schulden unter Aufrechterhaltung der Identität des Rechtsinhalts ihr Subjekt völlig wechseln.

Verschieden sind Forderungen, welche aktiv oder passiv zu zwei einander selbständig gegenüberstehenden Vermögensmassen desselben Subjekts gehören, sei es, daß eine Masse oder beide für die Forderung haften (vgl. z. B. HGB. § 128).

b) Identisch ist der Entstehungsgrund (eadem causa), Hellwig, Anspruch 90 ff.,

α. wenn diejenigen äußeren Thatsachen, welche zu dem den Anspruch erzeugenden Thatbestande gehören, identisch sind, und ferner

β. wenn die konkreten Rechtsverhältnisse, auf welche der thatsächliche Vorgang einwirkt, die gleichen sind.

Von den Entstehungsgründen sind zu unterscheiden diejenigen Thatsachen, die den Inhalt des Anspruchs (die Modalitäten der Leistung) später verändern, ohne ihn zu einem anderen zu machen (96 ff.). Im Gegensatze dazu steht eine solche Entwickelung, kraft deren durch Hinzutritt von weiteren Ereignissen aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse neue Ansprüche hinzu- oder andere an die Stelle treten. Diese Ansprüche sind nicht identisch (96 ff.).

II. Nr. 1. 1. Ueber den Klagegrund sagt das **RG. JW 01** 483:

Die mehrfach vertretene Rechtsansicht, daß nur das Rechtsverhältniß, aus welchem der Klaganspruch abgeleitet wird, nicht aber die rechtsbegründenden Thatsachen, auf welche sich dieser Anspruch stützt, als Klagegrund im Sinne der §§ 253, 268 CPO. anzusehen sei, ist unrichtig. Vielmehr ist von der sich hauptsächlich auf die frühere gemeinrechtliche Rechtsentwickelung und die Motive zu § 253 CPO. stützenden und vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung

gebilligten gegentheiligen Rechtsansicht auszugehen, wonach unter Klagegrund die Summe derjenigen Thatsachen zu verstehen ist, welche rechtlich geeignet und erforderlich sind, den Schluß auf das Begründetsein des Klagantrags zu rechtfertigen.

Ebenso OLG. Karlsruhe BadRpr. **02** 189:

Unter Klagegrund ist die Summe derjenigen Thatsachen zu verstehen, die rechtlich geeignet und erforderlich sind, den Schluß auf das Begründetsein des Klagantrags zu rechtfertigen.

2. Es ist Klagänderung, wenn bei der Einklagung einer Konventionalstrafe neue, während des Prozesses begangene Vertragsverletzungen an Stelle der in der Klage erwähnten zu Grunde gelegt werden. **RG. 48** 372.

3. Der Uebergang aus einer Klagebegründung aus § 2028 BGB. zu einer auf § 260 BGB. gestützten ist Klagänderung. BayrObLG. R. **02** 213.

4. Unzulässige Klagänderung ist es, wenn Kläger den ursprünglichen Klaganspruch auf sein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht an dem Vermögen seines Kindes kraft elterlicher Gewalt, den neu erhobenen dagegen auf einen durch die Verletzung seines Kindes eingetretenen Schaden an seinem Vermögen gestützt hat. **RG.** JW. **02** 215.

5. Die Erklärung einer Partei kann jederzeit berichtigt werden, es liegt darin kein Geständniß. **RG.** JW. **02** 92.

6. Keine Klagänderung liegt vor, wenn an die Stelle der Firma der Name der einzigen Inhaberin gesetzt wird. **RG.** JW. **02** 128.

7. Die Berichtigung einer unrichtigen Parteibezeichnung ist keine Klagänderung, sondern eine durch den Widerspruch des Gegners nicht ausgeschlossene Klagverbesserung. OLG. **5** 82 (Stettin).

8. Thatsachen, welche nur die Ausübung oder Schätzbarkeit des Anspruchs betreffen, können auch dann noch geltend gemacht werden, wenn sie erst nach der Klagerhebung eingetreten sind. OLG. **2** 29 (KG.).

9. Hat Kläger schon in erster Instanz erklärt, daß er seine aus rückständigem Lohne bestehende Forderung als Darlehnsforderung geltend mache, so enthält die in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung, daß seine ursprüngliche Lohnforderung durch eine zu einer bestimmten Zeit erfolgte Buchung in den Büchern des Beklagten zu einer Darlehnsforderung geworden sei, keine Klagänderung, sondern nur eine Ergänzung oder Berichtigung im Sinne des § 268 N. 1 CPO. **RG.** JW. **01** 331.

III. Nr. 2. 1. Die Erweiterung des Klagantrags ist auch nach Tilgung des Klaganspruchs bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung möglich. Hat Kläger nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt und zahlt Beklagter den im Prozesse befangenen Betrag oder kompensirt, so kann Kläger zwar nicht den gezahlten Betrag auf den nicht eingeklagten Theil verrechnen oder eine replicatio compensationis vorschützen — Zahlung und Aufrechnung tilgen den eingeklagten Theilbetrag! —, wohl aber kann er durch Erweiterung des Klagantrags den nicht befangenen Theil zum Prozeßstoff erheben. Es ist eine Erweiterung des Klagantrags unter gleichzeitiger Herabsetzung um den bezahlten, bezw. durch Aufrechnung getilgten Betrag. Wenn der erweiterte Klagantrag die Zuständigkeit des Gerichts beseitigt, so muß Ueberweisung nach § 506 erfolgen, mag auch die Differenz 300 Mark nicht übersteigen. Breit, SächsA. **10** 139 ff.

2. Keine Klagänderung, wenn auf Grund desselben thatsächlichen Vorganges zunächst ein auf § 93 Abs. 2 BinnenschiffGes. gestützter Hülfslohn und demnächst — nachdem sich herausgestellt, daß eine Schiffahrtsgefahr nicht vorgelegen hatte — der gewöhnliche Schlepplohn gefordert wird. **RG.** R. **02** 326.

3. Uebergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage stellt eine Klagänderung nicht dar. **RG.** JW. **02** 19.

4. Es enthält keine Klagänderung, sondern nur eine zulässige Beschränkung des Klagantrags, wenn anstatt der ursprünglich geforderten unmittelbaren Ueberlassung des anfechtbar veräußerten Vermögensstücks späterhin die Zurückgewährung derselben als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig verlangt wird. **OLG.** Dresden R. **02** 76.

5. Der § 268 Nr. 2 beschränkt sich nicht ausschließlich auf Aenderungen im Quantum. Es fällt darunter, wenn statt einer Geldleistung Befreiung von Verpflichtungen gefordert wird. **RG.** JW. **02** 127, 271.

§ 269. S. z. § 529.

1. Der Widerspruch gegen die Klagänderung muß nicht, wie die Geltendmachung prozeßhindernder Einreden nach § 274 Abs. 1, 3, vor der Verhandlung zur Hauptsache erfolgen, sondern kann auch im Laufe der Verhandlung geschehen. BayrObLG. R. **02** 591.

2. (527, 529.) Die unbedingte Erhebung einer in erster Instanz bedingt erhobenen Widerklage in der Berufungsinstanz stellt einen neuen Anspruch im Sinne des § 529 Abs. 2 dar. Die Einwilligung des Gegners ist gemäß § 269 hier wie bei § 527 dann anzunehmen, wenn er sich in der Berufungsinstanz ohne Widerspruch auf die mündliche Verhandlung einläßt. **RG.** JW. **01** 248, vgl. auch **RG.** JW. **00** 375.

3. § 269 ist anwendbar auf den Fall der Klagänderung in der Berufungsinstanz. **RG.** DJZ. **02** 572.

4. § 269 findet nicht nur im Falle des § 527, sondern auch im Falle des § 529 Abs. 2 CPO. Anwendung. **RG.** JW. **02** 215; Gruchots Beitr. **46** 945.

§ 270. 1. Der § 270 findet auch Anwendung auf die Berufungsinstanz. **RG.** JW. **02** 418.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist für das Revisionsgericht bindend. **RG.** JW. **02** 18.

3. Die Bestimmung muß Anwendung finden auch auf den Ausspruch des Berufungsgerichts, daß nur eine nach § 268 Nr. 2 CPO. zulässige Klagerweiterung vorliegt. Es ist kein Grund ersichtlich, die Vorschrift dann außer Acht zu lassen, wenn die Frage, ob Klagänderung vorliegt, mit der Frage, ob ein neuer Anspruch im Sinne des § 529 Abs. 2 vorliegt, zusammenfällt. **RG.** JW. **02** 215.

4. Hat das Berufungsgericht die Frage der zweitinstanzlichen Klagänderung ausdrücklich dahingestellt gelassen und die neue Klage aus sachlichen Gründen abgewiesen, so muß das Reichsgericht, wenn es letztere Gründe nicht billigt, zunächst entscheiden, ob eine unzulässige Klagänderung vorliegt, oder nicht, und im Bejahungsfall es bei Abweisung der Klage bewenden lassen. **RG.** R. **02** 153.

5. Ein Nichtentscheiden über Klagänderung steht der Verneinung nicht gleich. Der § 276 findet daher in diesem Falle keine Anwendung. **RG.** JW. **02** 165.

§ 271. 1. Das Versprechen, die Klage zurückzunehmen, hat keine prozessuale Bedeutung. Eine Klage auf Erfüllung ist ausgeschlossen, weil das Versprechen kein privatrechtliches Verhältniß betrifft. Hellwig, Anspruch 162.

Die Vereinbarung, daß Kläger die Klage zurückziehen soll, hat keine unmittelbare prozessuale, wohl aber materiell-rechtliche Wirkung. Der Einwand der getroffenen Vereinbarung führt zur Zurückweisung der Klage. OLG. **1** 423 (Frankf.).

2. In dem Fallenlassen des Hauptanspruchs kann eine Zurücknahme der Klage liegen. **RG.** JW. **00** 565.

3. Ueber Zurücknahme einseitiger Parteibehauptungen vgl. **RG. JW. 02** 127.

4. Der § 271 gestattet zwar nur die Zurücknahme der Klage im Laufe der ersten Instanz; der Erlaß eines Versäumnißurtheils hindert aber nicht die Zurücknahme, solange das Versäumnißurtheil nicht rechtskräftig geworden ist. **R. 02** 511 (Breslau).

5. Auch wenn die Klage gegen einen prozeßunfähigen Beklagten erhoben worden ist, ist Kläger in die Kosten zu verurtheilen: es kann auch eine nicht anhängig gewordene Klage zurückgenommen werden. Seuff. A. **57** 473 (Dresden).

§ 272. Die Nichtbeachtung dieser Bestimmung hat zwar gemäß § 129 CPO. Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge, verpflichtet aber die säumige Partei in analoger Anwendung des § 95 CPO. zur Tragung der durch ihr Verschulden entstandenen Mehrkosten. Seuff. A. **56** 28 (KG.).

§ 274. I. 1. Die in CPO. § 274 Nr. 3—8 bezeichneten „Prozeßeinreden" zählt Hellwig, Anspruch 143 nicht zu den Prozeßvoraussetzungen in dem von ihm aufgestellten Sinne (s. denselb. vor § 253).

2. Bei gleichzeitigem Vorbringen mehrerer prozeßhindernder oder sonstiger prozessualer Einreden ist die Bemängelung der essentiellen Form der Klaghandlung (z. B. die Nichtangabe eines Klaggrundes) an erster Stelle, der Einwand, daß das klägerische Vorbringen bei Unterstellung seiner Wahrheit den erhobenen Rechtsschutzanspruch nicht rechtfertige (vgl. z. B. § 589 [1]), an letzter Stelle zu prüfen. Langheineken, Urtheilsanspruch 69 ff. Vgl. hierzu auch Marwitz, Urtheil 20 ff.

II. 1. Es ist, wenn mehrere Prozeßvoraussetzungen in Frage kommen, zunächst über diejenige Prozeßvoraussetzung zu entscheiden, die als bedingend für jede weitere Entscheidung anzusehen ist. Ueber den Einwand mangelnder Vertretung ist daher vor der Frage über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden. **RG. JW. 02** 314.

2. Der Beklagte, der in erster Instanz nur die örtliche Zuständigkeit bemängelt hat, kann in der Berufungsinstanz mit der Einrede, das Gericht sei sachlich unzuständig, nicht mehr gehört werden. Denn die Einreden der örtlichen und sachlichen Unzuständigkeit sind insoweit als zwei selbständige Einreden aufzufassen, als gleichzeitig die eine geltend gemacht und auf die andere verzichtet werden kann. OLG. **2** 397 (Köln).

3. Nr. 1. Fällt der Nachweis der Zuständigkeit und der sachlichen Begründung des Anspruchs völlig zusammen, so hat ein abgesondertes Beweisverfahren über die Zuständigkeit nicht stattzufinden. Kann aber der Klaganspruch sachlich begründet sein, ohne daß dadurch die Zuständigkeit des Gerichts klargestellt wird, so müssen die Thatsachen, die die Zuständigkeit begründen sollen, zuerst nachgewiesen werden. **RG. JW. 01** 285, 798; **02** 125.

4. Nr. 2. Die Zulässigkeit des Rechtswegs muß feststehen, ehe in eine Sachuntersuchung eingetreten werden kann. Eine Klage kann nicht für den Fall, daß der Rechtsweg zulässig sein sollte, wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen werden. **RG. JW. 00** 91, Gruchots Beitr. **45** 646.

5. Nr. 3. a) Der Beschränkung des § 528 Abs. 1 Satz 1 unterliegt die Einrede des Schiedsvertrags dann nicht, wenn das Verfahren erster Instanz schon vor dem 1. Januar 1900 beendet war. **RG. 49** 429.

b) In einer auf einen Schiedsvertrag und darauf basirenden Schiedsspruch gestützten Aufrechnungseinrede liegt nicht eine prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs im Sinne des § 274 Nr. 3 CPO.; eine Zurückverweisung auf Grund des § 538 Nr. 2 CPO., ist daher unzulässig. **RG. JW. 01** 457.

c) Hat nach dem Schiedsvertrage zwischen den Parteien das Schiedsgericht nur über eine Vorfrage zu entscheiden, während der Hauptgegenstand des Streites der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte unterliegt, so ist, falls die Vorfrage präjudiziell ist und der Beklagte sich auf den Schiedsvertrag beruft, die Klage durch Endurtheil als vorzeitig abzuweisen, nicht aber gemäß §§ 274 Nr. 3 und 1025 ff. CPO. der Rechtsweg für unzulässig zu erklären. Ein Zwischenurtheil nach § 303 CPO. nur dahin lautend, daß über die Vorfrage das Schiedsgericht zu entscheiden habe, ist als den Prozeß zwecklos zum Stillstande bringend unzulässig. **RG.** JW. **01** 304.

d) Soll das Schiedsgericht nicht über den Rechtsstreit selbst, sondern nur über eine Vorfrage entscheiden, so handelt es sich nicht um eine Einrede nach § 274 Nr. 3. Die Klage ist jedoch wegen vorzeitiger Erhebung abzuweisen. **RG.** Seuff. A. **57** 422.

e) Die Vereinbarung, sich bezüglich gewisser Streitpunkte dem Schiedsspruche Sachverständiger zu unterwerfen, ist kein Schiedsvertrag im Sinne der CPO. (Es handelte sich um die Begutachtung der vom Beklagten der Klägerin gelieferten Wollpresse hinsichtlich ihrer kontraktlichen Beschaffenheit und ihrer Empfangbarkeit.) Seuff. A. **57** 421 (Hamb.).

6. Nr. 4. a) Die „Einrede" der Rechtshängigkeit ist „unverzichtbar", es gilt hier dasselbe, wie für die „exc. rei judicatae" (vgl. zu § 322). — Gleichzeitige Anhängigmachung desselben Prozesses vor mehreren Gerichten kann nur die Erzielung mehrerer Urtheile in derselben Sache bezwecken. Das öffentlichrechtliche Verbot ne bis etc. richtet sich mit innerer Nothwendigkeit auch gegen diejenige Inanspruchnahme unserer Gerichte, die lediglich darauf abzielt, eine Uebertretung dieses Verbots herbeizuführen. Vgl. Oesterr. CPO. § 233 Abs. 1, Schwartz, Absolute Rechtskraft 37 ff.

b) Die Einrede der Rechtshängigkeit greift dann nicht Platz, wenn im Vorprozeß ein quantitativ oder sonst individuell bestimmter Theil einer Forderung, im zweiten Prozeß ein anderer Theil oder der Rest der Forderung eingeklagt wird. **RG. 47** 405, JW. **01** 651.

c) Einer im Inland erhobenen Klage kann auf Grund eines im Ausland anhängigen Rechtsstreits die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreit ergehende Urtheil im Inland als Urtheil anzuerkennen ist. Die Anerkennung des ausländischen Prozesses und seine Wirkung für andere Prozesse kann nicht weiter reichen als die Anerkennung des ausländischen Urtheils. **RG. 49** 340, OLG. Darmstadt in HessRspr. **2** 42.

7. Nr. 6. a) Die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Kostenerstattung betrifft nur die „Erneuerung" eines Rechtsstreits, setzt also Identität der Ansprüche der früheren und gegenwärtigen Klage voraus; eine solche wird aber noch nicht durch Einheitlichkeit des Rechtsgrundes, sondern nur durch Zusammenfallen der Klaganträge gegeben, erfordert also Einheit des Objekts und der Parteien. Naumb. Anw.Ztg. **02** 98 (Naumb.).

b) Die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Kostenerstattung wird durch den Nachweis beseitigt, daß nicht in vexatorischer Absicht geklagt wird. KGBl. **13** 47 (KG.).

§ 275. 1. Ist das Zwischenurtheil noch nicht rechtskräftig, so kann das Endurtheil nicht erlassen werden, da der Rechtsstreit zur Entscheidung nicht reif ist. Wird ein Endurtheil trotzdem vorher erlassen, so empfiehlt es sich, in seiner Formel darauf hinzuweisen, daß seine Vollstreckbarkeit von der Rechtskraft des Zwischenurtheilts abhängt. Marwitz, Urtheil 45.

2. Ein Urtheil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil nur dann anzusehen, wenn

entweder die Partei auf Grund der Einrede die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder das Gericht die abgesonderte Verhandlung angeordnet hat. **RG.** JW. **02** 165, Gruchots Beitr. **46** 666.

§ 278. Die Widerklage ist kein Vertheidigungsmittel. Die Entscheidung über die Klage bedingt nicht die Entscheidung über die Widerklage. **RG. 51** 5 (Plen.).

§ 280. 1. Der Feststellungsantrag ist nur in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß möglich. Also ist er nicht mehr statthaft, wenn über den Punkt bereits durch rechtskräftiges Zwischenurtheil nach § 303 entschieden ist. **RG. 50** 399.

2. Die Abhängigkeit der Entscheidung über die Klage muß eine wirkliche, nicht bloß eine vom Widerkläger behauptete sein. Eine nach § 280 ergehende Entscheidung setzt für die Hauptklage und für die Inzidentklage dasselbe thatsächliche Material voraus. OLG. **4** 212 (KG.).

§ 282. 1. In der Rechtsprechung des RG. ist anerkannt, daß, **wenn der Kläger den unbedingten, der Beklagte den bedingten Abschluß des Rechtsgeschäfts behauptet, der Kläger den unbedingten Abschluß** und zwar nur einen **Vorgang zu beweisen** habe, der an und für sich von einem gemachten Vorbehalte nichts erkennen läßt. **RG.** JW. **01** 863.

Daraus folgt aber nicht, daß der die Bedingung Behauptende entgegen der an ihn erfolgten Eideszuschiebung den Beweis der Bedingtheit durch Eideszuschiebung an den Kläger führen könnte und müßte. RG. JW. **02** 312.

2. **Waren die Parteien über Waare und Preis einig, so trägt diejenige Partei, welche trotzdem das Nichtzustandekommen des Kaufes wegen mangelnder Einigung über andere Punkte behauptet, die Beweislast dafür, daß mindestens eine der Parteien vor oder bei der Einigung über Sache und Preis, also vor ihrer vertraglichen Bindung, eine weitere Vereinbarung über noch andere Punkte als Vorbedingung des Kaufabschlusses verlangt und hierdurch den Abschluß verhindert hat. RG.** R. **02** 213.

3. **Bei rein negativen Feststellungsklagen mag die Beweislast demjenigen zufallen, welcher die Entstehung des bestrittenen Rechtes für sich behauptet; soweit aber Kläger positiv die Feststellung verlangt, daß ihm selbst ein Anspruch zustehe, hat er selbst die Beweislast. RG.** JW. **01** 249.

4. **Behauptet der verklagte Indossant, der Wechsel habe zur Zeit der Indossirung auf eine niedrigere Summe gelautet, so ist er beweispflichtig. RG. 47** 66.

§ 285. 1. Die Vorschrift enthält nur eine Ordnungsvorschrift. **Das Gericht hat das Ergebniß der Beweisaufnahme von Amtswegen zu berücksichtigen. Marwitz,** Urtheil 13.

2. Der Vortrag des Ergebnisses der Beweisaufnahme bedeutet nicht Verlesen sämmtlicher Zeugenprotokolle und Sachverständigen-Gutachten. Die wörtliche Vorlesung ist nur in **Ausnahmefällen** geboten und zwar dann, wenn es auf die Wortfassung besonders ankommt. Die Regel bildet aber eine übersichtliche, **kurz gefaßte Darstellung, wobei man gleiche Aussagen zusammenfassen kann. Meyer** unter Berufung auf die Motive zu § 248 des Entwurfes von 1874. R. **00** 13 f.

§ 286. I. Der Grundsatz **der** freien Beweiswürdigung findet seine **Grenzen** in den gesetzlichen Bestimmungen über die Beweisaufnahme. Daher kann die Ueberreichung eines Gutachtens seitens einer Partei den Sachverständigenbeweis nicht ersetzen. **Kuhn,** R. **62** 460.

II. 1. Der Grundsatz freier Beweiswürdigung bezieht sich auf innere **Vorgänge,** z. B. einen Irrthum. Seuff. A. **56** 110 (BayObLG.).

2. (Vgl. auch §§ 592 ff.) Das Gericht braucht, wenn es zum richterlichen Eide kommt, im Urtheil nicht die Gründe für die Ablehnung aller einzelnen Beweismittel anzugeben; nur wenn es ein Beweismittel ganz übersieht, kann darin ein Mangel der Urtheilsbegründung gefunden werden. **RG.** JW. **01** 574.

3. (308.) Sind die Parteien darüber einig, daß eine Willensäußerung nach dem Willen des Erklärenden einen bestimmten Inhalt gehabt habe, so ist dieser (wenn auch nach Ueberzeugung des Gerichts der Wirklichkeit nicht entsprechende) Willensinhalt der Entscheidung des Prozesses zu Grunde zu legen. **RG.** JW. **01** 6.

4. Die Fragen, welche Thatsachen und von wem sie zu beweisen sind, sind Rechtsfragen, die nicht nach der Parteien Ansicht, sondern auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses vom Richter zu entscheiden sind. **RG.** JW. **01** 251.

5. Der Revision ist die Prüfung der Beweiswürdigung im Rahmen des § 286 CPO. insoweit nicht entzogen, als ein Verstoß gegen die Vorschrift der Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme, also eine Lücke in der Würdigung des gesammten, zur thatsächlichen Feststellung vorliegenden Materials wahrgenommen wird. Ist aber eine thatsächliche Feststellung der Ausdruck der Vorstellung, die der Instanzrichter von einem Vorgang auf Grund allseitiger Berücksichtigung des gebotenen Materials gewonnen hat, so kann an ihr von Revisionswegen nicht gemäkelt werden, selbst wenn die Möglichkeit besteht, daß auf Grund derselben reale Unterlagen sich eine andere Vorstellung bilden könnte. **RG.** JW. **02** 215; Eisenb. E. u. A. **19** 53.

6. Nichtberücksichtigung von Beweisanträgen, die für die Glaubwürdigkeit eines Zeugen (dessen Zeugniß ohnehin nicht einwandfrei ist) von Bedeutung sind, bewirkt Aufhebung. **RG.** JW. **02** 270.

7. Zur Feststellung von Erfahrungssätzen, nicht von Prozeßthatsachen, ist es nicht nothwendig, daß die Hülfsmittel, aus denen sich der Sachverständige informirt hat, zum Gegenstande der Parteiverhandlungen gemacht werden, oder daß die Personen, bei denen er seine Informationen eingezogen hat, als Zeuge vernommen werden. **RG.** Seuff. A. **57** 425.

8. Ablehnung von Beweisanträgen mit der Begründung, die Ueberzeugung des Gerichts würde durch den Beweis der unter Beweis gestellten Thatsache nicht erschüttert werden, ist zulässig. **RG.** JW. **02** 250.

9. a) Eine Beweisablehnung, welche die unter Beweis gestellten Thatsachen ohne jede Scheidung theils als unerheblich, theils als widerlegt bezeichnet und damit eine Nachprüfung im Einzelnen unmöglich macht, ist unsubstantiirt.

b) Ein angetretener Zeugenbeweis darf nicht mit der Begründung abgeschnitten werden, daß das Gegentheil bereits feststehe, weil sich nicht übersehen läßt, ob die noch ausstehenden Zeugenaussagen, vorausgesetzt, daß sie erhebliche Punkte betreffen, die richterliche Ueberzeugung zu beeinflussen vermögen. **RG.** JW. **01** 457.

10. Die Motivirung der Ablehnung der Vernehmung eines Zeugen dahin, es sei bei der bereits feststehenden Absicht der Kontrahenten, ein Scheingeschäft zu schließen, anzunehmen, daß die gegentheiligen Erklärungen, über die der Zeuge benannt ist, nur gemacht worden seien, um in etwaigen künftigen Prozessen Zeugen für die Ernstlichkeit des Geschäfts vorführen zu können, ist dann ungerechtfertigt, wenn der Zeuge das Geschäft als Vertreter der ihn benennenden Partei abgeschlossen hat, da sein Zeugniß dann nur dadurch beseitigt werden kann, daß man ihm die Glaubwürdigkeit abspricht. **RG.** JW **01** 249.

11. Ein in einem anderen Prozesse geleisteter Eid und die in einem anderen Prozeß abgelegte Zeugenaussage können gemäß § 286 verwerthet werden. **RG.** **46** 410.

12. An und für sich steht nichts entgegen, eine in einem anderen Verfahren erstattete Zeugenaussage oder ein in einem anderen Verfahren abgegebenes Gutachten im Wege des Urkundenbeweises zu verwerthen. Es darf jedoch, wie das RG. in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat, ein angetretener Zeugenbeweis mit Rücksicht auf die besonderen Garantien, mit denen ein solcher umgeben ist (die Anwesenheit der Parteien, das ihnen eingeräumte Fragerecht, die Möglichkeit und Zulässigkeit der Gegenüberstellung der Zeugen, ihr persönlicher Eindruck), gerichtsseitig nicht durch Berücksichtigung von in einem anderen Prozesse bereits erstatteten Aussagen der benannten Zeugen ersetzt werden, daß daher die Verwerthung derartiger Zeugenaussagen als Urkundenbeweis auf Antrag nur unter der Voraussetzung zulässig ist, daß vom Gegner der Antrag auf Vernehmung der Zeugen nicht gestellt worden ist. Dasselbe muß auch von einem angetretenen Sachverständigenbeweise gelten. **RG.** JW. **02** 588.

13. Eine nicht vorgebrachte Thatsache darf der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden. **RG.** JW. **02** 127, SächsA. **12** 209.

14. Das Unterlassen ausdrücklicher Würdigung einzelner Thatsachen verstößt dann nicht gegen das Gesetz, wenn der Richter die für seine Entscheidung maßgebenden Gründe hervorgehoben hat und zugleich aus dem Thatbestande klar ersichtlich ist, daß er die von ihm nicht ausdrücklich besprochenen Einzelthatsachen nicht übersehen hat. **RG.** R. **00** 152.

15. Die Behauptungspflicht der Parteien wird nicht dadurch hinfällig, daß Umstände ermittelt werden, aus denen sich nach Ansicht des Gerichts der Beweis für die nicht aufgestellte Behauptung ergiebt. **RG.** JW. **01** 398.

16. (415). a) Die Thatsache, daß der Beurkundung Verabredungen vorausgegangen sind, welche dem Inhalte der notariellen Urkunde widersprechen, beweist nichts gegen den Inhalt der Urkunde, da diese eine eventuelle Willensänderung der Parteien beweist.

b) Der Gegenbeweis gegen die notarielle Urkunde kann sich auf Alles erstrecken, was den Schluß zu rechtfertigen vermag, daß der Inhalt der Urkunde nicht dem wirklichen Willen der Vertragstheile bei Aufnahme der Urkunde entsprochen habe; er ist insbesondere nicht auf Verabredungen bei Aufnahme der Urkunde zu beschränken, sondern kann auch solche Vorgänge umfassen, die den Schluß auf einen rechtlich erheblichen Irrthum der Vertragstheile oder eines derselben bei Aufnahme der Urkunde über deren Inhalt rechtfertigen. **RG.** JW. **01** 458.

§ 287. 1. Das dem Richter im § 287 eingeräumte freie Ermessen ist auch insofern nicht an die Schranke des § 286 gebunden, als er seine Entscheidung nicht bloß auf den Inhalt der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme, sondern auch auf solche Umstände stützen kann, die ihm anderweitig bekannt geworden sind. **RG.** JW. **00** 839.

2. Die im § 286 dem Gericht auferlegte Verpflichtung, die für seine Ueberzeugung leitenden Gründe in dem Urtheil anzugeben, besteht insoweit, als § 287 in Anwendung kommt, nur in beschränktem Umfange; hier kann sich das Gericht auf die Feststellung beschränken, daß nach seiner Ueberzeugung durch das vom Schadensersatzkläger behauptete Ereigniß ein Schaden von bestimmter Höhe entstanden ist — unbeschadet seiner Verpflichtung, die Feststellung dieses Ereignisses und das Verschulden des Beklagten näher zu begründen. **RG.** R. **02** 182.

3. Wenn das Gericht über die Frage, ob und welcher Schaden durch eine widerrechtliche Handlung entstanden sei, einen strengen und vollständigen Beweis verlangt, wird derjenige, der widerrechtlich gehandelt hat, ungerechtfertigter Weise vor demjenigen begünstigt, dessen Rechte verletzt wurden. Es genügt vielmehr, daß in solchen Fällen, in denen eine genauere Ermittelung nicht

möglich ist, das Gericht, wenn auch nur im Allgemeinen, die Ueberzeugung gewinnt, aus der widerrechtlichen Handlungsweise des Beklagten müsse ein Schaden entstanden sein, und daß es ihn nach freiem Ermessen schützt. Ein Revisionsgrund ist gegeben, wenn die Gründe des Urtheils nicht erkennen lassen, daß sich das Gericht dieses ihm zustehenden Rechtes, zu dessen Ausübung es verpflichtet ist, bewußt war, und einen Schadensersatzanspruch bloß deshalb abgewiesen hat, weil über einen für dessen Begründung wesentlichen Umstand vom Kläger kein Beweis angeboten worden ist. **RG.** R. **02** 591.

4. Die verschiedenartige Beantwortung der Frage nach dem antheiligen Verhältnisse mehrerer (nicht solidarisch haftender) Beschädiger durch die vernommenen Sachverständigen schließt für den Richter nicht die Möglichkeit aus, unter Würdigung aller Umstände seinerseits zu einer durch das eingeräumte freie Ermessen erleichterten, gleichwohl aber gewissenhaften Ansicht über das antheilige Maß der zu leistenden Entschädigung zu gelangen, und ist daher keine ausreichende Begründung für den Ausspruch, es lasse sich der Theil des Schadens, den jeder einzelne Beschädiger verursacht habe, nicht ausmitteln. **RG.** JW. **01** 250.

5. Die Entscheidung über die Berechnung eines Gewährleistungsanspruchs auf Minderung fällt nicht unter § 287 CPO. Trotzdem kann das Gericht darüber nach freiem Ermessen entscheiden, weil § 286 es gestattet. **RG.** JW. **01** 398.

6. Die Vorschrift ist anwendbar bei Prüfung der gegen die Ordnungsmäßigkeit eines Deckungskaufs wegen der Höhe des vereinbarten Preises erhobenen Beanstandungen. Der Deckungskauf ist — anders wie der Selbsthülfekauf — nur thatsächliches Element für die Liquidation des konkreten Schadens. **RG. 46** 407.

7. Der § 287 ist auch auf Enteignungsfälle anwendbar. OLG. Dresden, Sächs. A. **11** 523.

8. Auch wenn der Käufer in der Klage gegen den wegen Nichterfüllung schadensersatzpflichtigen Verkäufer die konkrete Berechnungsart gewählt hat, kann das Gericht die abstrakte Schadensberechnung zu Grunde legen. **RG.** Holdheims MSchr. **02** 151.

9. Der dem Beweisführer anzuvertrauende Schätzungseid setzt voraus, daß das Gericht das Vorhandensein eines Schadens annimmt. Alsdann ist das Gericht schlechthin befugt, den Schaden durch den Eid zu ermitteln. OLG. Breslau R. **02** 511.

10. Die Normirung des Schätzungseids nach § 287 CPO. in der Wahrheitsform ist unzulässig. Ein solcher Eid kann wahlweise normirt werden, entweder dahin, „daß der Schwurpflichtige den Schaden bis zu dem von ihm angegebenen Betrag schätze", oder dahin, „daß der Schaden nach seiner Ueberzeugung sich auf den von ihm angegebenen Betrag belaufe". **RG.** JW. **01** 34.

§ 288. 1. Im Civilprozesse steht der Begriff des Geständnisses gegenüber dem Begriffe der Behauptung. Weder durch die Behauptung noch durch das Geständniß erklärt man eine bestimmte Thatsache schlechthin für existent: man kann zwar nicht mit gutem Gewissen eine Thatsache für existent erklären, die man als nicht existent kennt, wohl aber eine solche, die man nicht als existent kennt. In der Behauptung einer Thatsache liegt das Verlangen ihrer richterlichen Behandlung als einer existenten, dem der Richter zu entsprechen hat, sobald es nicht aus bestimmten Gründen sich als unberechtigt ergiebt. Widerspricht ihm der Gegner, so hat ihm der Richter nicht zu entsprechen ohne den geführten Beweis der Thatsache. Widerspricht ihm der Gegner nicht, so hat ihm in der Regel der Richter ohne Weiteres zu entsprechen. Durch sein Geständniß erklärt sich der Gegner mit der Erhebung jenes Verlangens einverstanden.

Das Geständniß kann der Behauptung vorausgehen oder nachfolgen. Geht es voraus, so ist es bis zur gegnerischen Erhebung des entsprechenden Verlangens widerruflich.

Das Gegentheil des Geständnisses ist die Bestreitung der gegnerischen Behauptung, durch die Widerspruch dagegen erhoben wird, daß diese ohne Beweis als wahr behandelt werde. Behauptung, Geständniß und Bestreitung bedeuten nicht ein verschiedenes Verhalten zur Frage nach der Existenz der bestimmten Thatsache. Es handelt sich nicht um ein verschiedenes Verhalten des Urtheils zur Frage der Existenz der Thatsachen, sondern um ein verschiedenes Verhalten des Willens.

Das Geständniß hat (gegen Bülow!) den Sinn des Verzichts auf die Berechtigung zur ferneren Erhebung des durch sie verneinten Verlangens. Hölder in Buschs Z. 28 389 ff.

II. 1. Eine Partei kann Behauptungen, die sie aufgestellt hat, so lange noch zurückziehen oder widerrufen, bis sich der Gegner diese Behauptungen angeeignet und sie zur Grundlage seiner Vertheidigung oder eines Gegenangriffs gemacht hat. RG. R. **02** 129.

2. Das Geständniß setzt begrifflich voraus, daß die eine Partei eine Thatsache behauptet und die andere Partei diese Thatsache als richtig einräumt. RG. JW. **02** 92.

3. Rechtsverhältnisse und Rechtsbegriffe können nur dann durch Geständniß festgestellt werden, wenn sie so einfacher Art sind, daß sich aus ihnen die als zugestanden anzusehenden Thatsachen ohne Weiteres ergeben. RG. JW. **02** 128.

4. Das „Zugestehen" erfordert begrifflich eine positive Erklärung, daß die von der Gegenpartei behauptete Thatsache als richtig eingeräumt werde. Es genügt jede Erklärung, die ein unzweideutiges Zugeben der Wahrheit der behaupteten Thatsache enthält. Auf bloßes Nichtbestreiten findet dagegen § 290 keine Anwendung, wie §§ 278, 531 erkennen lassen. Es ist nach § 138 nur als Zugeständniß anzusehen. RG. JW. **01** 120.

5. In den Worten „dies ist unstreitig" ist nicht die Feststellung eines gerichtlichen Geständnisses zu erblicken. RG. JW. **01** 749.

6. Die Erklärung einer Partei, nicht bestreiten zu wollen, daß ein Kaufvertrag „in Pausch und Bogen" beabsichtigt gewesen und abgeschlossen sei, ist nicht als ein Geständniß im Sinne des § 288 CPO. aufzufassen. Es kann daher eine solche in erster Instanz abgegebene Erklärung in der Berufungsinstanz widerrufen werden, ohne daß es erforderlich wäre, die Voraussetzungen des § 290 nachzuweisen. RG. R. **02** 240.

§ 290. I. 1. Rechtsgültiger Widerruf einer Erklärung begründet die Existenz desselben Erfolges, wie wenn die widerrufene Erklärung unterblieben wäre. Der Geständnißwiderruf ist in Wahrheit nichts Anderes als eine Bestreitung der bisher zugegebenen Thatsache. Wie durch das Geständniß verneint wird, daß eine Behauptung bestritten werden soll, so wird durch den Widerruf jene Verneinung verneint und dadurch die bisher verneinte Bestreitung vollzogen. Der Widerruf eines Geständnisses ist Bestreitung, der Widerruf einer erfolgten Bestreitung ist Geständniß. Hölder in Buschs Z. 29 94.

2. Je nachdem motivirtes Klageleugnen oder qualifizirtes Geständniß angenommen wird, regelt sich nicht nur die Beweislast, sondern auch die Behauptungslast. Denn nur beim motivirten Klageleugnen hat das Gericht auch solche dem Klaganspruch entgegenstehenden Thatsachen zu berücksichtigen, die nur durch die Beweisaufnahme zu seiner Kenntniß gelangt sind; beim qualifizirten Geständniß bedarf es zur Berücksichtigung solcher Thatsachen des Vorbringens durch die Partei. Marwitz, Urtheil 86.

II. 1. Die irrige Meinung muß aus äußeren scheinbaren Thatsachen entstanden sein, welche geeignet sind, einen Irrthum zu erwecken. **RG.** JW. **02** 166, R. **02** 129.

2. Der Widerruf eines in erster Instanz erklärten Geständnisses kann in zweiter Instanz nicht durch den bloßen Hinweis auf den mit der Gegenpartei abweichenden Vertrag erfolgen. Dadurch allein ist weder der Irrthum noch die Unwahrheit dargethan. OLG. Colmar Jur. Z. f. Elf.-Loth. **27** 468.

§ 291. Es widerspricht den Grundsätzen der CPO., daß das Gericht eine nicht bestrittene, nicht notorische, also des Beweises bedürftige Thatsache aus eigener Initiative zu einer für das Gericht offenkundigen macht, soweit dies nicht in den Grenzen des § 144 geschehen kann. OLG. Hamb. R. **01** 209.

§ 292. 1. Zur Beseitigung einer thatsächlichen Vermuthung genügt die Darlegung solcher Umstände, die die vermuthete Thatsache nach der ganzen Sachlage unwahrscheinlich machen; zur Beseitigung einer Rechtsvermuthung muß das direkte Gegentheil nachgewiesen werden, wozu allerdings die freie richterliche Ueberzeugung genügt. Marwitz, Urtheil 88.

2. Unter dem „Gesetze", welches im § 292 Satz 1 erwähnt ist, und das „ein Anderes vorschreiben kann", ist dasjenige Gesetz zu verstehen, nach welchem das betreffende Rechtsverhältniß sich richtet. **RG.** SächsA. **12** 49.

2. Ob der Gegenbeweis gelungen ist, bestimmt sich nach § 286. **RG. 49** 6.

§ 293. 1. Wenn das Gericht von der ihm im § 293 Satz 2 eingeräumten Befugniß Gebrauch macht, um ein Gewohnheitsrecht zu erforschen, und von Amtswegen Auskunftspersonen zur Aeußerung darüber heranzieht, so ist es weder an die für die Abhörung von Zeugen bestehenden Vorschriften gebunden, noch zur Herbeiführung einer Parteiverhandlung über die Ergebnisse der ihm gewordenen Auskunft verpflichtet. **RG.** JW. **01** 399.

2. Der Beweis inländischer Rechtsnormen darf von den Parteien nicht verlangt werden. Dies schließt jedoch eine Befragung einer kundigen Partei nach den Rechtsnormen und deren Bestehen nicht aus, da auch dies ein Mittel für das Gericht ist, sich die pflichtmäßige Rechtskenntniß zu verschaffen. **RG.** JW. **01** 537.

3. Der Richter hat das zur Anwendung kommende ausländische Recht, soweit möglich, zu ermitteln. Erst bei Ergebnißlosigkeit der Ermittelungen ist das inländische Recht anzuwenden. **RG.** JW. **00** 589.

4. Der § 293 gilt nicht für die freiwillige Gerichtsbarkeit. Der Richter kann seine Thätigkeit nicht deswegen ablehnen, weil die Parteien ihm den Inhalt eines ausländischen Rechtssatzes nicht nachgewiesen haben. OLG. **1** 412 (KG.).

§ 294. 1. Die Versicherung an Eidesstatt braucht von dem Erklärenden nicht vor dem zuständigen Gerichte persönlich abgegeben zu werden. Es genügt urkundliche Bescheinigung. **RG. 50** 360, JW. **02** 74; Seuff. A. **57** 165; R. **02** 153; Schlockermann, DJZ. **01** 529. Anders Böhme das. 303 und **RG.** JW. **02** 396; Gruchots Beitr. **46** 905.

2. Macht das Gericht in einem gesetzlich vorgesehenen Falle von der Befugniß, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, Gebrauch, so darf die Partei, welche thatsächliche Behauptungen glaubhaft zu machen hat, nicht ganz von der Möglichkeit abgeschnitten sein, vom Gerichte zur eidesstattlichen Versicherung im Sinne von § 294 Abs. 1 CPO. zugelassen zu werden. OLG. Jena R. **02** 437.

§ 295. 1. Als verzichtbarer Mangel nach § 295 stellt sich auch eine unzulässige Trennung im Sinne von § 145 dar. Hübler, Trennungsbefugniß 20.

2. Auf die Rüge der vorschriftswidrigen Abnahme eines Eides durch Beschluß statt durch Urtheil kann verzichtet werden. **RG.** JW. **00** 509.

3. Wenn die Leistung des Eides der Vorschrift des § 461 CPO. **zuwider durch Beweisbeschluß** auferlegt worden ist, so kann dieser prozessuale **Verstoß nur in der** im unmittelbaren Anschluß an die Beweisaufnahme **stattgefundenen mündlichen** Verhandlung gerügt werden. OLG. Dresden R. **01** 594.

4. Eine mangelhaft erhobene Klage wird durch Berichtigung **oder Ergänzung in der mündlichen Verhandlung** in Ermangelung einer **rechtzeitigen Rüge rechtswirksam.** Eine solche Heilung tritt auch dann ein, wenn der **Klagantrag bei der mündlichen** Verhandlung gegen einen anderen Beklagten **gerichtet ist, als denjenigen,** gegen den sich die durch Zustellung des Schriftsatzes erhobene **Klage richtet. RG. 49** 376; JW. **01** 650; vgl. JW. **02** 128.

5. Die Zustellung einer schriftlichen Klage ist nicht **schlechterdings unentbehrlich;** sie ist im Interesse der beklagten Partei vorgeschrieben. **Begnügt diese sich mit dem bloß mündlichen** Vortrage der Klage, so ist der **Mangel der Schriftlichkeit** geheilt. OLG. **3** 136 (Marienw.).

6. Hat, **dem § 385 Nr. 4 zuwider, eine Beeidigung nicht stattgefunden, so kann auf** die Rüge verzichtet werden. **RG.** JW. **00** 310, 589.

7. Die Vereidigung eines Zeugen, dessen Nichtvereidigung in der **ersten Instanz die Parteien** nicht gerügt haben, **kann in der Berufungsinstanz nicht mehr verlangt werden.** OLG. Dresden R. **01** 360.

Doch steht bei Anordnung der wiederholten **Vernehmung** des Zeugen **dessen Beeidigung** in der Berufungsinstanz nichts im Wege. **BayrObLG. R. 02** 559.

8. **Erfolgt der** Verstoß im **Beweisaufnahmetermin (Nichtbeeidigung eines Sachverständigen),** so braucht die Rüge erst in der **nächsten mündlichen Verhandlung zu erfolgen. RG.** JW. **02** 19.

9. Ist auf die in erster Instanz **erhobene bedingte Widerklage unbedingt zugesprochen** und durch Aufrechterhalten des durch das **Urtheil** erster **Instanz festgestellten unbedingten** Anspruchs seitens der **begünstigten Partei in der Berufungsinstanz** die Geltendmachung des Anspruchs als **eine unbedingte anzusehen, so konvaleszirt** mangels einer Rüge nach § 295 der **Mangel. RG.** JW. **01** 248.

10. Nicht verzichtet werden kann:

a) auf die Befolgung der Vorschrift des § 315 Abs. 1 **(Unterschrift des** Richters). **RG.** Elſ. Lothr. JZ. **27** 514;

b) auf die Bestimmung im § 88 Abs. 2, da es sich hierbei **um eine dem öffentlichen** Interesse **dienende** Norm handelt. **RG. Gruchots Beitr. 44** 1174.

§ 296. Die Frage, ob **auch** nach **dem** geltenden **deutschen Prozeßrechte in einem der ersten** Tagsatzung **des österreichischen Civilprozesses analogen ersten Prozeßstadium** ein Vergleich vom Gericht versucht werden kann, ist zu bejahen. So wie nach dieser Bestimmung das Gericht im ersten **Verhandlungstermine zwecks** Kostenersparniß vor Eintritt in die mündliche **Verhandlung die Sühne vor dem** beauftragten Richter anordnen kann, so steht auch nichts entgegen, daß **bereits sofort** nach Eingang der Klage und Anberaumung des ersten **Verhandlungstermins** die Klage dem Berichterstatter vorgelegt wird und dieser, **wenn er die Sache** zum Vergleiche geeignet erachtet, nach Vortrag im Kollegium die **Parteien persönlich unter Benachrichtigung des klägerischen Anwalts vor sich zu einem Sühnetermine** ladet, welcher früher als der erste **Verhandlungstermin stattfindet.** Bei der Ladung wäre zugleich der Beklagte darauf hinzuweisen, daß **er im Sühnetermine** noch keines Anwalts bedarf, **sondern nur persönlich zu erscheinen braucht.** In diesem Stadium wird der Vergleich **noch nicht so häufig, wie später, an den** erwachsenen hohen Prozeßkosten **scheitern. Volkmar, R. 02** 452.

§ 297. Bei einer Fortsetzung der mündlichen Verhandlung brauchen solche Anträge, die von früher verlesenen in wesentlichen Punkten nicht abweichen, nicht nochmals verlesen zu werden. Marwitz, Urtheil 138.

Unterläßt eine Partei die Stellung eines Antrags, so steht sie einer nicht verhandelnden gleich, mag sie auch sonst zur Sache verhandeln. Derselbe 69.

§ 299. I. Die von Anwälten beantragte Ertheilung einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht, um sich dem Gerichtsvollzieher oder der Hinterlegungsstelle gegenüber als berechtigt auszuweisen, die Streitsumme in Empfang zu nehmen, ist abzulehnen. Denn sie hat keine Bedeutung für den Nachweis, wie weit die Befugnisse des Bevollmächtigten gehen. Die Parteien haben aber nur Anspruch auf Ertheilung solcher Abschriften, die das Gesetz ausdrücklich anordnet oder an deren Ertheilung sie ein berechtigtes Interesse haben. Für die Verpflichtung, eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht zu ertheilen, fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift; an der Ertheilung nicht zu verwerthender Abschriften oder Bescheinigungen hat Niemand ein berechtigtes Interesse. Regnol, R. **01** 405 ff.

II. 1. Die Vorschrift bezweckt, jeder Partei ein Recht auf die Abschriften zu gewähren, deren sie bei ordnungsmäßigem Geschäftsbetriebe wirklich bedarf. Die Gerichtsschreiberei soll dagegen nicht mit überflüssigem Schreibwerke belastet werden. **RG.** JW. **00** 565, 749.

3. In der Ertheilung einer zweiten Abschrift eines Zeugenabhörungsprotokolls an eine Partei zum Zwecke einer Meineidsanzeige nach Ertheilung einer ersten läge eine zu vermeidende Belastung der Gerichtsschreiberei mit überflüssigem Schreibwerk, da die zweite Abschrift auch von anderen Beamten der Gerichtsschreiberei gefertigt werden könnte. Die Ablehnung der Ertheilung der zweiten unter Hinweis auf die erste Abschrift ist daher gerechtfertigt. **RG.** JW. **01** 120.

4. Das Akteneinsichtsrecht der Parteien aus § 299 CPO. betrifft nicht bloß Prozeßakten im bureaumäßigen Sinne, sondern auch beigefügte „Hülfsakten". Letztere jedoch nur, insoweit die Akteneinsicht zur Information der Partei über den gegenwärtigen Prozeß dient und sich auf in den Prozeßakten in Bezug genommene Schriftstücke der Hülfsakten erstreckt. Bei Akten fremder Behörden ist noch zu berücksichtigen, ob diese eine solche Einsicht gestatten würden. **RG.** JW. **01** 35. Gruchots Beitr. **46** 144.

5. Die Vorschrift des § 299 ist nicht dahin auszulegen, daß der Partei das uneingeschränkte Recht auf eine Abschrift der gesammten Prozeßakten zustehen soll, vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß für den Antragsteller ein erkennbares Interesse an der Erlangung der geforderten Abschrift vorliegen muß. **RG.** SächsA. **11** 483.

6. Die für die Verhandlung in der Berufungsinstanz adhibirten Strafakten sind als Prozeßakten im Sinne des § 299 anzusehen. Der Inhalt von Strafakten steht jedoch nicht an sich Jedem zur Einsicht und Verfügung. Gründe öffentlichen Interesses können entgegenstehen. Was aus den Strafakten zum Gegenstand öffentlicher Verhandlung gemacht worden ist, wird regelmäßig weder der Einsicht noch der Ertheilung von Abschriften an die Prozeßpartei entzogen sein, die für die Verhandlung oder die Beweisführung Interesse an der Ertheilung von Abschriften hat. **RG.** JW. **01** 839.

7. Unter § 299 fallen auch Auszüge aus den bei den Akten befindlichen Urkunden über die von Amtswegen vollzogenen Zustellungen, z. B. die eines Kostenfestsetzungsbeschlusses. OLG. **1** 94 (Rostock).

8. Auch im Anwaltsprozesse hat nicht nur der Anwalt, sondern auch neben ihm oder statt seiner die vertretene Partei selbst auf Grund des § 299 das Recht,

Ertheilung von Ausfertigungen, Auszügen und Abschriften zu beantragen. OLG. Breslau, Buschs Z. 29 229.

Dies Recht wird durch das der Prüfung des Gerichtsschreibers unterliegende Bedürfniß beschränkt.

Dieselbe Entscheidung; dagegen Meyer eb. 232.

9. Ueber die Verabfolgung der Akten in die Wohnung enthält die CPO. keine Bestimmung. Ein Recht auf Aushändigung der Akten an ihre Prozeßbevollmächtigten, an sich selbst oder an Dritte haben die Parteien nicht. Andererseits enthält das Gesetz aber auch kein Verbot, daß Gerichtsakten vorübergehend an Privatpersonen ausgehändigt werden dürfen, und die Praxis hat niemals Anstand genommen, die Aushändigung sowohl an Sachverständige behufs Vorbereitung ihres Gutachtens, als auch an die Prozeßbevollmächtigten behufs Einsichtnahme zu gestatten. Innerhalb eines anhängigen Prozesses steht die Entscheidung als prozeßleitende Verfügung dem Vorsitzenden zu, nach Beendigung des Rechtsstreits der Justizverwaltung. OLG. 1 224 (KG.).

III. Ueber die Frage, ob der Prozeßbevollmächtigte beim Antrag auf Ertheilung von Abschriften 2c. eine schriftliche Vollmacht vorzulegen hat, vgl. die Bemerkungen zu § 88.

Zweiter Titel.
Urtheil.

Es giebt drei Arten von Urtheilen (Hellwig, Anspruch 116 ff.):
1. die reinen Festellungsurtheile (siehe Hellwig zu § 256 CPO.),
2. die Urtheile, welche zu einer Leistung verurtheilen,
3. die Urtheile, welche nach ihrem Inhalte direkt eine Aenderung des bestehenden Zustandes herbeiführen wollen (konstitutive Urtheile, Klage auf Rechtsänderung). Sie kommen dann zur Anwendung, wenn das bürgerliche Recht in Folge eines bestimmten Thatbestandes zwar ein Privatrecht auf Aenderung des bestehenden Rechtszustandes verleiht, aber die Erklärung des Berechtigten nicht genügen läßt, sondern den Ausspruch der Aenderung durch richterliches Urtheil verlangt.

§ 300. I. a) Ueber einen eventuellen Klagantrag, der nicht nur ein Minus gegenüber den Hauptantrag enthält, muß in der Urtheilsformel ausdrücklich erkannt werden, da er sonst nicht Gegenstand einer Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz sein kann (§ 537 CPO.). Die Entscheidung über beide Anträge muß in einem Urtheil erfolgen, ein Theilurtheil über den prinzipalen Antrag ist unzulässig. Marwitz, Urtheil 6, 25.

b) § 300 setzt die Reife des Rechtsstreits zur sachlichen Entscheidung voraus. Erscheint die Klage sachlich ohne Weiteres als ungerechtfertigt, erfordert aber die Feststellung einer Prozeßvoraussetzung eine Beweisaufnahme, so muß diese zunächst erfolgen. Marwitz, Urtheil 19.

II. 1. Dem Urtheile darf keine Thatsache zu Grunde gelegt werden, über die die Parteien nicht gehört sind. RG. 49 347.

2. Das Urtheil darf nicht, wenn der Beklagte nur für eine angemessene Zeit verpflichtet ist, ohne Einschränkung verurtheilen. Es muß aus dem Urtheile hervorgehen, wie der Zeitraum abzumessen ist. RG. JW. 02 75.

3. Wenn bei der mündlichen Verhandlung der Berufungskläger Abweisung der Klage, der Berufungsbeklagte Zurückweisung der Berufung beantragt hatte, so kann der im Tenor des Urtheils enthaltene Ausspruch „der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt“ als bedeutungslos nicht angesehen werden, sondern giebt vielmehr eine Entscheidung zur Hauptsache. RG. JW. 02 183.

4. Das Endurtheil auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme abzüglich eines erst noch zu ermittelnden Betrags ist prozessualisch unzulässig. **RG.** JW. **00** 249; Gruchots Beitr. **45** 94.

§ 301. I. 1. a) Ein Theil eines Anspruchs ist nur dann einer besonderen Entscheidung fähig, wenn wegen des Theiles sowohl die Klage abgewiesen, als der Beklagte verurtheilt werden kann, denn in der Rechtsmittelinstanz muß eine entgegengesetzte Entscheidung möglich sein. Marwitz, Urtheil 23.

b) Werden mehrere Beklagte als Gesammtschuldner in Anspruch genommen, so kann gegen jeden Beklagten ein Theilurtheil erlassen werden, nicht dagegen wenn sie gemeinschaftlich haften. Derselbe 24.

c) Ueber Klage oder Widerklage darf nur dann ein Theilurtheil erlassen werden, wenn sie verschiedene Gegenstände betreffen, da sonst über das Ganze der Rechtsstreit entschieden werden würde. Derselbe 26.

2. Wenn der abzutrennende Anspruch oder die Widerklage bereits entscheidungsreif ist, kann die Ausscheidung aus dem Prozesse nicht gemäß § 185, sondern nur noch durch Erlaß eines Theilurtheils nach § 301 bewirkt werden. Hübler, Trennungsbefugniß 21.

II. 1. Das Gericht ist zum Erlaß eines Theilurtheils berechtigt, wenn es einen Theil des erhobenen Anspruchs ohne Beweisaufnahme für begründet hält. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 422.

2. Der Erlaß eines Theilurtheils setzt voraus, daß an der ergangenen Entscheidung durch die noch zu erörternden Streitpunkte nichts mehr geändert wird. Der Theil des Anspruchs über den durch Theilurtheil entschieden ist, muß soweit erkennbar gemacht sein, um eine Nachprüfung des höheren Gerichts zu ermöglichen. **RG.** JW. **02** 183.

3. Es ist unzulässig, durch Theilurtheil auf Zahlung eines Theilbetrags zu verurtheilen, sofern nicht feststeht, daß dieser Betrag nach Abrechnung der feststehenden Gegenforderungen des Beklagten in jedem Falle übrig bleibt. Die anerkannten Gegenforderungen dürfen nicht zur späteren Aufrechnung mit den noch nicht festgestellten, wenn auch nach Behauptung des Klägers viel höheren Klageforderungen verwiesen werden. **RG.** Seuff. A. **55** 352.

4. Wird in einem Urtheile von zwei Klagebegründungen eines und desselben Anspruchs die eine als unzulässige Klagänderung unbedingt abgewiesen, über die andere dagegen bedingt erkannt, so ist das Urtheil, insoweit als unbedingt erkannt ist, kein Theilurtheil nach § 301, da es sich prozessualisch nicht um verschiedene Klagansprüche handelt, sondern ein unbedingtes Zwischenurtheil nach § 303. **RG.** **50** 273.

5. Objektive Klagenhäufung liegt vor, wenn die dingliche mit der persönlichen Klage verbunden wird. In Folge dessen ist ein Theilurtheil über den dinglichen Anspruch zulässig. **RG.** OLG. **3** 138.

6. Wird eine Ehefrau auf Zahlung und der Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt, so kann die Duldungspflicht des Ehemanns nicht durch Theilurtheil, sondern nur durch Zwischenurtheil ausgesprochen werden. Die Entscheidung des Theilurtheils ist eine definitive und darf nicht abhängig gemacht werden von der Existenz einer Voraussetzung, über deren Sein oder Nichtsein der Prozeß entscheiden soll. OLG. Jena, ThürBl. **48** 379.

7. Grundsätzlich ist der Erlaß eines Theilurtheils wohl auch in Ehesachen nicht ausgeschlossen. Man wird jedoch der Ansicht Brettners (Buschs Z. **26** 549) beistimmen müssen, daß es nützlicher und weiser erscheine, Theilurtheile in Ehesachen überhaupt zu unterlassen. Das ergiebt sich nicht nur aus der Natur des ehelichen Verhältnisses, das die einheitliche Grundlage für alle auf Scheidung oder Herstellung der Ehe gerichteten Klagen bildet, sondern namentlich auch

aus der bei Ehesachen uneingeschränkt zugelassenen und erfahrungsgemäß **auch recht häufig** geübten Vorbringung neuer Klagegründe, die oft einen Uebergang **der einen** Partei von der ursprünglich erhobenen Herstellungsklage zu dem Verlangen nach Scheidung der Ehe oder Schuldigerklärung auch des anderen Ehegatten mit sich bringen. OLG. Dresden, Annalen **24** 166. Vgl. hierzu auch die Urtheile desselben Gerichts in OLG. **4** 92.

8. Wenn Klage und Widerklage auf Scheidung der Ehe gerichtet sind, so darf ein Theilurtheil über eine der Klagen nicht ergehen. Seuff. A. **56** 375 (Braunschw.).

9. In einem Theilurtheile darf eine Entscheidung über die Kosten nicht getroffen werden, da es zur Zeit der Erlassung noch nicht feststeht, in welchem Umfange die eine oder andere Partei unterliegen wird. Seuff. A. **55** 468.

§ 302. I. 1. Der Einwand der Aufrechnung einer Gegenforderung unterscheidet sich zwar materiell nicht von sonstigen Einwendungen der Tilgung der Klageforderung; aus der besonderen Behandlung dieses Einwandes in dem § 145 Abs 3, § 302 und besonders § 529 Abs. 3 CPO. ergiebt sich aber, daß nach dem herrschenden Prozeßrechte die Gegenforderung erst berücksichtigt werden darf, wenn die Klageforderung bewiesen ist. Dafür spricht auch die Aenderung, die der § 293 Abs. 2 a. F. in der Novelle vom 28. Mai 1898 gefunden hat. Marwitz, Urtheil 9.

Das unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergangene Urtheil ist kein Endurtheil, sondern diesem nur in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung gleichgestellt. Marwitz, Urtheil 56. Das Urtheil kann nur den Einwand der Rechtshängigkeit, nicht den der rechtskräftig entschiedenen Sache begründen. Bleibt der Kläger im Nachverfahren aus, so ist die Klage wegen der vorbehaltenen Aufrechnung der Gegenforderung abzuweisen; diese wird damit also verbraucht. Marwitz, Urtheil 68.

2. Das unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erlassene Urtheil ist ein Zwischenurtheil, kein Theilurtheil, weil

1. nicht über einen Theil, sondern über den ganzen Anspruch entschieden wird,
2. das Urtheil auf die Rechtshängigkeit einflußlos ist;

dem steht nicht entgegen, daß dies Zwischenurtheil in Bezug auf die Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist. Indem das Gesetz aber sagt, es sei als Endurtheil anzusehen, deutet es an, daß es in Wahrheit kein Endurtheil ist. Meyer, R. **00** 282 gegen Bozi daselbst 207.

II. a) Der § 302 bezieht sich für den Fall der Leistungsklage nur auf den Beklagten verurtheilende, der Zwangsvollstreckung fähige Urtheile, wie die Erwähnung der Vollstreckung in Abs. 3 u. 4 ergiebt.

b) Urtheile, durch welche ein Anspruch „abgesehen von der Aufrechnung der Gegenansprüche auch dem Betrage nach für gerechtfertigt erklärt wird", fallen nicht unter § 302 und sind daher nach § 545 mit der Revision nicht angreifbar. **RG.** JW. **01** 37. Gruchots Beitr. **45** 1110.

2. Der Vorbehalt ist nur wirksam, wenn er im Urtheilstenor, nicht auch, wenn er bloß in den Gründen enthalten ist. **RG. 47** 365, R. **00** 440, 493.

3. Ueber die Aufrechnungseinrede darf nur dann entschieden werden, wenn das Gericht die Klageforderung an sich für begründet erachtet. OLG. Frankfurt, R. **02** 265.

4. Wenn das Urtheil eine von mehreren geltend gemachten Gegenforderungen als unbegründet erklärt, so ist diese Entscheidung ein Zwischenurtheil nach § 303 CPO. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. **25** 449.

III. 1. Abs. 4. Ueber den unbedingten Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz, der in diesem Falle übrigens in der Regel auch nach den Grund-

sätzen des BGB. gerechtfertigt erscheinen wird, insbesondere über die Geltendmachung desselben in höherer Instanz Schultze, Grünhuts 3. 28 549 ff. Vgl. auch Bemerkungen zu den §§ 600, 717.

2. Ist bei Aufrechnung mit einer die Klageforderung übersteigenden, nicht konnexen Gegenforderung Vorbehaltsurtheil ergangen und ergiebt sich im Nachverfahren zunächst, daß ein Theil der Gegenforderung unbegründet sei, so darf nicht in Höhe dieses Theiles Theilurtheil auf Aufrechterhaltung des Vorbehaltsurtheils ergehen. Die prozessuale Lage gestattet in diesem Falle nicht den Erlaß eines Theilurtheils. Das nach § 302 ergehende Vorbehaltsurtheil — ein provisorisches, auflösend bedingtes Endurtheil — und die im Nachverfahren über den Gegenstand des Vorbehalts ergehende Entscheidung haben zwar beide den Klaganspruch zum Gegenstande, das erste Urtheil, indem es ihn für an sich begründet und die etwa erhobenen Einwendungen mit Ausnahme der Aufrechnung für unbegründet erklärt, das zweite, indem es die gänzliche oder theilweise Wiederaufhebung des Klaganspruchs in Folge der Geltendmachung der Aufrechnung ausspricht oder diesen Ausspruch ablehnt. Durch die in das Ermessen des Gerichts gestellte Theilung des Prozeßstoffs und die Verweisung der Entscheidung über die Einrede der Aufrechnung in ein zweites Urtheil wird aber der Charakter derselben als eine Einrede nicht berührt. Die Gegenforderung bildet nicht selbständig für sich einen Gegenstand der richterlichen Entscheidung, sondern nur insoweit, als durch sie das Nichtbestehen des Klaganspruchs dargethan werden soll. Setzt sich die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus einer Mehrheit von Posten zusammen, so bilden die letzteren ebenso viele einzelne Vertheidigungsmittel, von denen jedes für sich, auch wenn es ein individualisirtes Theilobjekt betrifft, immer nur eine Entscheidung durch Zwischenurtheil gemäß § 303 zugänglich ist. Erst nach Erörterung und Spruchbereitschaft der sämmtlichen Einzelposten der Gegenforderung kann das den Vorbehalt des ersten Urtheils läuternde zweite Urtheil als Endurtheil ergehen. OLG. 5 58 (Hamm).

§ 303. I. Selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel sind thatsächliche Behauptungen, die für sich allein geeignet sind, einen Angriff oder eine Vertheidigung zu rechtfertigen, und die wegen ihrer geschlossenen rechtlichen Bedeutung Gegenstand einer besonderen Beurtheilung durch das Gericht sein können; nicht nothwendig ist, daß die Behauptungen für sich allein den geltend gemachten Anspruch selbst rechtfertigen oder widerlegen. Marwitz, Urtheil 35.

II. 1. Ein über einzelne Rechtsbehelfe ergehendes Urtheil muß nur dann als Zwischenurtheil im Sinne des § 303 CPO. und nicht als Endurtheil erlassen werden, wenn erst die Erörterung noch weiterer Gesichtspunkte als dieser Rechtsbehelfe zur Endentscheidung des Prozesses führt. RG. JW. 01 7 f.

2. Hat der Beklagte sich einer Aufrechnungseinrede bedient, so ist die Vorschrift des § 303 nur unter der Voraussetzung anwendbar, daß über die Einrede in ihrem vollem Umfang, also auch über den Betrag des zur Aufrechnung benutzten Anspruchs entschieden werden kann und entschieden wird. RG. 01 399; Gruchots Beitr. 45 1114.

3. Wenn es auch zulässig ist, über einen Antrag auf Aenderung der Eidesnorm durch Beschluß zu befinden, so liegt doch ein Zwischenstreit im Sinne des § 303 CPO. vor, und es kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen. Es ist auch zweckmäßig, von der im § 303 gegebenen Befugniß Gebrauch zu machen. OLG. Breslau, R. 02 591.

4. Wird der Klageforderung ein dieselbe übersteigender Gegenanspruch entgegengehalten und in Höhe des Ueberschusses mit Widerklage geltend gemacht, so kann, soweit Widerklage erhoben ist, über den Grund des Widerklageanspruchs gemäß § 304 CPO. vorab erkannt werden. Dagegen kann, soweit der An-

spruch nur im Wege der Aufrechnungseinrede geltend gemacht wird, ein Zwischenurtheil nach § 304 überhaupt nicht, und ein solches nach § 303 erst dann erlassen werden, wenn auch der Betrag der Kompensationsforderung ermittelt ist, weil vorher die Einrede nicht entscheidungsreif ist. **RG.** JW. **01** 616.

§ 304. I. Wird der Anspruch auf mehrere Klagegründe gestützt, so ist die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs, wenn der Betrag je nach dem Grunde verschieden bemessen werden kann, erst nach Prüfung aller Klagegründe oder wenigstens desjenigen Klagegrundes zulässig, der den höchsten Betrag ergeben kann. Marwitz, Urtheil 50.

II. 1. § 304 CPO. erfordert vollständige Verhandlung und Entscheidung über den ganzen Klagegrund und die ihm entgegenstehenden Einreden, so daß nur der Streit über den Betrag des Klaganspruchs für das fernere Verfahren verbleibt. **RG.** JW. **01** 36.

2. Eine Vorabentscheidung gemäß § 304 CPO. ist nur zulässig, wenn das gesammte thatsächliche Vorbringen der Parteien, soweit es sich auf den Grund des Anspruchs bezieht, vom Gericht erschöpfend berücksichtigt worden ist, so daß die dem weiteren Verfahren vorbehaltenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel eine Verneinung des Anspruchsgrundes nicht mehr herbeizuführen vermögen, sondern nur für die Bemessung der Höhe des Anspruchs von Bedeutung sind. **RG.** JW. **01** 121; Gruchots Beitr. **45** 1115.

3. Ist zwischen den Parteien streitig, ob auf Grund eines außergerichtlichen Vergleichs, durch den, wie unstreitig, der Beklagte die Kosten eines Vorprozesses übernommen hat, diese Verpflichtung in dem Vorprozesse geltend zu machen war, oder mit der vorliegenden Klage verfolgt werden kann, so ist die Entscheidung dieser Frage eine solche über den Grund des Anspruchs, da entschieden wird, ob der Anspruch so wie geschehen geltend gemacht werden kann, und ob der Vergleich die gewählte Art der prozessualen Verfolgung begründet. **RG.** JW. **01** 365 f.

4. Zur Entscheidung über den Grund des Anspruchs gehört auch die Festsetzung der Quoten der ganzen Summe, zu deren Zahlung die einzelnen Beklagten nach dem Antrage des Klägers verurtheilt werden sollen. **RG.** JW. **01** 251.

5. Bei der Entscheidung über den Grund eines Schadensersatzanspruchs ist das etwaige konkurrirende Verschulden des Verletzten zu erörtern, weil es nach BGB. § 254 nicht nur auf den Umfang, sondern auch auf die Verpflichtung überhaupt von Einfluß sein kann. **RG.** JW. **02** Beil. 251.

6. Von einem Betrage kann nur da gesprochen werden, wo es sich um einen quantitativ bestimmten oder bestimmbaren Betrag, d. h. eine gewisse Menge generisch gleichartiger Sachen handelt. OLG. **2** 304 (Frankf.).

7. Die Vorschrift im Abs. 1 des § 304 gilt für den durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch, nicht für Einreden, speziell auch nicht für die Aufrechnungseinrede. **RG.** JW. **01** 366.

8. Ein den Anspruchsgrund anerkennendes Zwischenurtheil kann nicht erlassen werden, solange in Folge geltend gemachter Aufrechnung die Klageforderung vollständig zu Fall gebracht werden kann; in solchem Falle ist die Klageforderung so lange auch noch dem Grunde nach streitig, als der Betrag der begründeten Gegenforderungen nicht ermittelt ist. — Daß der Kompensationseinwand für endgültig unbegründet zu erachten sei, muß in dem Zwischenurtheil ausgesprochen werden. **RG. 49** 338, JW. **01** 579, **02** 393.

9. Voraussetzung eines Theilurtheils im Sinne des § 304 ist die Ueberzeugung des Gerichts, daß der Anspruch an sich begründet sei, bei einer Geldforderung also die Ueberzeugung, daß dem Fordernden irgend ein Geldbetrag

zuzusprechen sein werde. Handelt es sich um eine im Wege der Widerklage geltend gemachte Gegenforderung, so kann ein Theilurtheil zu Gunsten des Widerklägers nur ergehen, wenn das Gericht sich überzeugt hat, daß dem Widerkläger ein den Betrag der Forderung übersteigender Geldbetrag zukommt. Die Scheidung zwischen Grund und Betrag des Anspruchs beginnt sodann von der Grenze an, wo sich Forderung und Gegenforderung nicht mehr decken. **RG. JW. 01** 839.

10. **Ein Zwischenurtheil über eine die Klageforderung übersteigende Gegenforderung, welches zugleich dem Beklagten die Befugniß zur Aufrechnung in Höhe der Klagesumme zuspricht und, über den Grund der Widerklage auf Zahlung des Ueberschusses vorabentscheidend, den Widerklaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, ist nur in letzterer Hinsicht mit Berufung anfechtbar. Die Berufung gegen den die Aufrechnungseinrede betreffenden Theil des Zwischenurtheils ist unzulässig, sofern dasselbe nicht unzweideutig erkennen läßt, daß der erste Richter (wenn auch in korrekter Weise) auch über diese Einrede eine Vorabentscheidung nach § 304 hat erlassen wollen.** OLG. Colmar, R. **02** 104.

11. **Spricht ein Urtheil aus, daß, soweit dem Kläger ein Schaden entstanden sei, der Beklagte zum Ersatze verpflichtet sei, so ist dies keine Vorabentscheidung nach § 304. Ein Zwischenurtheil nach § 304 darf nur dann erlassen werden, wenn bis auf Weiteres anzunehmen ist, daß der Kläger jedenfalls irgend einen Betrag zu beanspruchen haben wird.**

Ein Zwischenurtheil ist als ein Zwischenurtheil nach § 304 sowohl dann zu behandeln, wenn es nach seiner Beschaffenheit objektiv den Anforderungen dieses Paragraphen entspricht, als auch dann, wenn es nach der erkennbaren Absicht ein solches Urtheil hätte sein sollen. **RG. JW. 01** 839.

12. Wenn auf die Berufung gegen ein die Klage abweisendes **Urtheil der ersten Instanz** das Berufungsgericht den Klaganspruch gemäß § 304 CPO. **dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Festsetzung des Betrags des Anspruchs** gemäß § 538 Nr. 3 in die erste Instanz zurückverweist, **so hat dasselbe nicht über die Kosten der Berufungsinstanz zu entscheiden, sondern auch die Entscheidung hierüber dem Endurtheile vorzubehalten.** **RG. R. 02** 153.

13. **Nach der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs kommen Thatsachen nur insoweit für das Endurtheil in Betracht, als sie zur Ermittelung des Betrags, bei Schadensansprüchen also zur Feststellung der Höhe des Schadens, von Bedeutung sind. Unter dieser Voraussetzung allein können die Parteien die früheren Angaben wirksam von Neuem geltend machen. Insoweit Thatsachen die Entstehung oder Nichtentstehung des Anspruchs, seine Begrenzung oder den Umfang der Inanspruchnahme betreffen, sind sie für das Verfahren über den Betrag unerheblich.** OLG. Breslau, R. **02** 240.

14. Auch dann, wenn nur ein Zwischenurtheil nach § 303 zulässig gewesen wäre, ist gegen das **Urtheil** Berufung zulässig, sofern das **Gericht über den Grund vorabentscheiden sollte.** **RG. JW. 00** 470, **01** 365.

15. Das **Urtheil ist als Vorabentscheidung in Ansehung der Rechtsmittel zu behandeln, wenn es sich inhaltlich als solche darstellt, auch wenn der Richter nach § 303 urteilen sollte.** **RG. JW. 02** 128 (vgl. **RG. 39** 389).

§ 305. Da die Erben bzw. der Nachlaßpfleger vor Ablauf der Fristen der §§ 2014, 2015 nicht in Verzug kommen, so haben sie auch, sofern sie den Anspruch sofort anerkennen, die Kosten des Prozesses nach CPO. § 93 nicht zu tragen. OLG. **3** 434 (KG.).

§ 306. 1. Ueber den Begriff des Anspruchs siehe zu § 253 CPO. **Sowohl der Verzicht als das Anerkenntniß sind Prozeßhandlungen, nicht Verfügungen über das streitige Recht, und ihre Erfordernisse beurtheilen sich lediglich nach dem Prozeßrechte.** Hellwig, Anspruch 157. Verfügungsfähigkeit **nicht erforderlich,**

eb. Note 12. Anerkenntniß und Verzicht haben eine Wirkung lediglich insofern, als sie das deklaratorische richterliche Urtheil über das anerkannte Rechtsverhältniß herbeiführen. Trotz des Anerkenntnisses muß das Gericht prüfen, ob der Kläger das Klagerecht hat. Hellwig, Anspruch 157 ff.

2. Nur der in der mündlichen Verhandlung erklärte Verzicht ist prozessual wirksam. OLG. **5** 60 (Dresden).

§ 307. 1. a) Der Antrag ist nicht mehr zulässig, wenn über den durch das Anerkenntniß betroffenen Theil anderweitig — und zwar kontradiktorisch — verhandelt wurde und (vom 1. Gericht) erkannt wurde.

b) Das Anerkenntniß des Klaganspruchs enthält kein Zugeständniß der thatsächlichen Behauptungen, auf die er sich gründet. Das Anerkenntniß ist ein dispositiver Rechtsakt, bei dem es gleichgültig ist, wie sich die Partei dem thatsächlichen Vorbringen des Klaganspruchs gegenüber verhält.

c) Der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnißurtheils wird nicht durch den Klagantrag ersetzt. **RG.** JW. **02** 271.

2. Der Umstand, daß das angefochtene Urtheil ein Anerkenntnißurtheil ist, schließt die Berufung nicht aus. OLG. Karlsruhe, R. **02** 591.

3. Ein gerichtliches Anerkenntniß unterliegt der Anfechtung aus denselben Gründen, aus welchen nach Civilrecht auch das außergerichtliche Anerkenntniß als Dispositionsakt angefochten werden kann, also wegen Zwanges, Irrthums und Betrugs. OLG. Karlsruhe, R. **02** 591.

4. Kein Anerkenntniß des Klaganspruchs liegt in der Erklärung des Beklagten, daß er den Anspruch an sich zugebe, aber Abweisung der Klage verlange, weil er keine Veranlassung zu ihr gegeben habe. Eine Anwendung des § 93 kann hier nicht Platz greifen. OLG. **3** 323 (Bamberg).

§ 308. Auch bei der negativen Feststellungsklage ist, wenn der gestellte Antrag nicht im vollen Umfange begründet erscheint, auf das begründete Minus zu erkennen, wenn dies als Wille des Klägers anzusehen ist. Marwitz, Urtheil 5.

§ 309. Ist nach Anberaumung eines Termins zur Verkündung eines Urtheils einer der in der letzten mündlichen Verhandlung mitwirkenden Richter verstorben, sodann ein Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung auch über den dem zu verkündenden Urtheile zu Grunde liegenden Theile des Prozeßstoffs gestellt, in erneuter mündlicher Verhandlung dieser Antrag abgelehnt, und das Urtheil verkündet worden, so liegt darin, daß das Urtheil neben der Unterschrift des Vorsitzenden den Vermerk trägt: „zugleich für den nach Feststellung des Urtheils verstorbenen Rath N." keine Verletzung der §§ 309, 551. **RG.** JW. **01** 250.

§ 310. Ist ein Publikationstermin für das Urtheil anberaumt, so ist eine nach Schluß der Verhandlung, aber vor Verkündung des Urtheils eintretende Gesetzesänderung zu berücksichtigen. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 93.

§ 311. Entscheidet die Urtheilsformel nur über den Klage-, nicht über den Widerklagantrag, so ist trotz untrennbaren inneren Zusammenhanges der betreffenden Klage und Widerklage, und trotz der aus den Urtheilsgründen deutlich erkennbaren Ansicht ihres Verfassers, es sei auch über die Widerklage erkannt, die Urtheilsformel allein maßgebend. **RG.** JW. **01** 140.

§ 313. I. Marwitz erörtert im Urtheil 91 ff.: die einzelnen Bestandtheile des Urtheils, also wie das Rubrum zu fassen wer als Partei im Rechtsstreit anzusehen ist, wie die Formeln in den einzelnen Fällen zu lauten haben und was bei der Absetzung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe inhaltlich und formell zu beachten ist.

II. 1. Die durch § 313 Nr. 1 vorgeschriebene Aufnahme der Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten in das Urtheil beurkundet nicht eine von der Partei

erkläre Vollmacht. Die irrthümliche Bezeichnung einer Person in dem Urtheil als Prozeßbevollmächtigter ersetzt daher, wie auch § 235 Abs. 2 ergiebt, nicht die Vollmacht. **RG.** JW. **00** 529.

2. Nr. 3. Für den Thatbestand der Urtheile in der Berufungsinstanz genügt in der Regel hinsichtlich des Vorbringens in erster Instanz Bezugnahme auf das angefochtene Urtheil. Sie ist da nicht zu billigen, wo sie z. B. in Folge weiterer Bezugnahmen in den bezogenen Urtheilen zu vollständiger Zersplitterung des Prozeßstoffs führt, oder in Folge der Bezugnahme einander widersprechende Angaben über das Vorbringen der Parteien zu einem Thatbestande gehören würden. **RG.** JW. **01** 159.

3. Lediglich Bezugnahme auf Schriftsätze und auf den wiederum in ausgiebigster Weise auf solche verweisenden Thatbestand des 1. Urtheils genügt der Anforderung des § 313 Abs. 1 Nr. 3 nicht. **RG.** JW. **02** 76.

§ 314. Die Beweiskraft des Thatbestandes bezieht sich nicht auf solche Thatsachen, deren Beurkundung nach dem Gesetze durch Protokolle zu erfolgen hat. Marwitz, Urtheil 134.

§ 315. Auf die Beobachtung der Vorschrift im § 315 Abs. 1 kann die Partei nicht wirksam verzichten. **RG.** R. **02** 352.

§ 317. Die Verfügung des Preußischen Justizministers vom 24. Januar 1900 (JMBl. S. 45) über die Herstellung von Siegeln bezieht sich nur auf solche von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht auch auf die Siegel des § 317 CPO. **RG.** **46** 364.

§ 318. 1. Die Anordnungen im Sinne der §§ 145, 150 CPO. sind durch Beschluß, nicht Endurtheil zu treffen. Hübler, Trennungsbefugniß 16.

2. Die Parteien können nicht auf das Urtheil selbst und dessen prozessuale Existenz in der Weise und mit der Wirkung verzichten, daß das Urtheil als nicht ergangen betrachtet und über den durch dasselbe erledigten Prozeßstoff unter Ignorirung des Urtheils weiter verhandelt wird. OLG. **3** 143 (Bamberg).

§ 319. 1. Der Fall einer zulässigen Urtheilsberichtigung liegt nicht vor, wenn in der Klageschrift die beklagte Partei unrichtig bezeichnet ist und daraufhin auch das Urtheil unrichtig ergangen ist. Ob die Klage dem richtigen Beklagten zugestellt ist, ist unerheblich. **RG.** JW. **02** 362.

2. Nur solche Mängel eines Urtheils können gemäß § 319 CPO. als offenbare Unrichtigkeiten berichtigt werden, die mit dem Inhalte der Entscheidungsgründe im Widerspruche stehen und dergestalt erkennbar sind, daß aus dem Zusammenhalte von Urtheilssatz und Urtheilsgründen sowohl die Existenz des Versehens als das beim Erlasse des Urtheils Gewollte mit Gewißheit sich ergiebt. **RG.** JW. **01** 58.

3. Die „offenbaren Unrichtigkeiten" des § 319 beziehen sich nur auf solche Unrichtigkeiten, die sich als Mängel im Ausdrucke des vom Gericht Gewollten, nicht als Mängel des Willens selbst kennzeichnen.

Es ist daher unzulässig, den durch Urtheil dem fälschlich verklagten, längst verstorbenen früheren Firmeninhaber auferlegten Eid im Wege des Berichtigungsverfahrens aus § 319 den Inhabern seiner Geschäftsnachfolgerin, einer offenen Handelsgesellschaft, aufzuerlegen. **RG.** JW. **01** 484, Gruchots Beitr. **45** 1120.

4. § 319 bezieht sich auch auf im Urtheil enthaltene Fehler, die nicht auf ein Versehen des Gerichts, sondern auf verkehrtes Vorbringen und Versehen der Parteien zurückzuführen sind. OLG. **3** 137 (Rostock).

5. Auch Berichtigungsbeschlüsse sind, soweit sie den Kostenpunkt betreffen, als in „Betreff der Prozeßkosten erlassene Entscheidungen" im Sinne des § 567 Abs. 2 anzusehen. **RG.** JW. **00** 751.

6. Wenn das Beschwerdegericht in Anwendung des § 319 CPO. einen Antrag auf Berichtigung eines Urtheils abgewiesen hat, so ist die weitere Beschwerde gegen diesen Beschluß des Beschwerdegerichts zulässig, da sich Abs. 3 des § 319 nur auf Entscheidungen des Prozeßgerichts bezieht. **RG. JW. 01** 121.

7. Aus § 319 Abs. 3 CPO. folgt, daß gegen den Beschluß, welcher die Berichtigung eines Protokolls ablehnt, kein Rechtsmittel stattfindet. **RG. JW. 01** 484, Gruchots Beitr. **45** 1119.

§ 320. Das Gericht hat, wenn der geladene Gegner ausbleibt, zu prüfen, ob die einwöchige Frist gewahrt ist. **RG. JW. 00** 850.

§ 321. Die Ergänzung kann nur im Wege des § 321, nicht durch Einlegung eines Rechtsmittels erreicht werden. **RG. JW. 02** 93.

§ 322. I. 1. Das Urtheil schafft absolute Rechtskraft, die den Parteien keine Einrede giebt, sondern vom Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Hellwig, Anspruch 167 zu Note 15.

Anspruch ist die Rechtsbehauptung; s. zu CPO. § 253 und Hellwig, Rechtskraft 11 Note 28.

Die Rechtskraft bezieht sich nur auf die Entscheidung über diese durch den Klagantrag zur Aburtheilung gestellte Rechtsbehauptung, nicht aber auf präjudizielle Rechtsverhältnisse und noch weniger auf thatsächliche Feststellungen. Hellwig, Rechtskraft 42.

Die Rechtskraftslehre gehört zum Prozeßrecht. Daher sind für die Zulässigkeit landesrechtlicher Normen, die im EG. z. CPO. aufgestellten sehr engen Grenzen maßgebend. Das Landesrecht kann insoweit eingreifen, als die Ausdehnung der Rechtskraft auf Dritte davon abhängt, daß der Dritte zu einer der Prozeßparteien in einem gewissen zivilrechtlichen Verhältnisse steht. Dieses Platzgreifen geschieht aber dann nicht kraft Landeszivilrechts, sondern kraft Reichsprozeßrechts. Die Vorschriften der Prozeßnovelle bestimmen vom 1. I. 00 die Wirkung jedes jetzt erlassenen Urtheils, es sei denn, daß sich das abgeurtheilte Rechtsverhältniß nach dem BGB. beurtheilt. Hellwig, Rechtskraft 8 ff. Aber nicht nur in diesem äußeren Sinne, auch ihrem inneren Wesen nach gehört die Rechtskraftslehre durchaus dem Prozeßrecht an. Die sogenannte materielle Rechtskraft ist nicht ein materiell-rechtlicher Begriff, sondern stellt sich als eine rein prozessuale Rechtswirkung dar (10).

Die feststellende Wirkung des Urtheils besteht lediglich darin, daß es der Partei Rechtsgewißheit verschafft (11). Ist die Frage nach dem vorhandenen Rechtszustand einmal definitiv entschieden, so verbietet es das Prozeßrecht, die Gerichte nochmals mit der Untersuchung, ob die Frage richtig entschieden sei, zu behelligen (12).

Jeder Richter ist an die Feststellung „gebunden", sie ist ein für allemal unbestreitbar geworden (13).

Soweit die Urtheile nach ihrem Feststellungsinhalt in Frage kommen, beschränkt sich die Wirkung prinzipiell auf die Prozeßparteien (18).

Hellwig, Rechtskraft 20 bekämpft die Bezeichnung: „materielle" Rechtskraft (und ihre Unterscheidung von der formellen Rechtskraft) und will statt dessen von der Rechtskraftwirkung oder einfach von der Urtheilswirkung und spezialisirend von der Feststellungs- und Rechtsgestaltungswirkung reden (21).

Ausnahmsweise wird die Rechtskraft auf Dritte erstreckt. Eine Erstreckung liegt nicht vor, wenn das durch die Verurtheilung für den Sieger erzeugte Vollstreckungsrecht für und gegen Alle wirkt, 22 (s. 6/7), auch nicht in KO. § 147 und § 145 II, da es sich nur um die Entscheidung der Frage handelt, ob der Liquidant Befriedigung aus der Konkursmasse erhalten soll 25/6, ferner dann nicht, wenn die bloße Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts-

verhältnisses von Einfluß auf die Rechtsstellung eines Dritten ist (27) z. B. für zu seinem Aftermiether (28 ff.); ferner für die Stellung des dritten Pfandbesitzers, das Verhältniß der Gesellschafter zur Gesellschaft (HGB. § 129 I); des Miethers des Bürgen und aller derjenigen Personen, welche als Gesammtschuldner „für" die Schuld eines Anderen haften (30); für die Stellung des fiduziarischen Rechtserwerbers zu dem Fiduzianten (31); und im Falle der CPO. § 75. In allen diesen Fällen spricht Hellwig von der Reflexwirkung der Urtheile.

2. Das Gesetz giebt keine Begriffsbestimmung für „Rechtskraft". — Rechtskraft ist nicht etwa eine positive, unmittelbar dem Richterspruch innewohnende Eigenschaft, sie ergiebt sich nur mittelbar als Wirkung des Verbots abermaliger Aburtheilung: früher bis de eadem re ne sit actio, heute bis de eadem quaestione ne judicetur. Der Satz ist heutzutage öffentlichen Rechtes: Der Staat soll nur einmal mit der Sache befaßt werden. Alles, was über diese Negative hinaus als positive Wirkung des rechtskräftigen Urtheils hingestellt wird, ist nur eine Folgewirkung jenes Verbots: Liquidität, Vollstreckbarkeit, res jud. jus facit inter partes. Aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Verbots folgt, daß der Richter dasselbe, soweit ihm möglich, von Amtswegen durchführen muß; die sogenannte exc. rei judicatae ist also unverzichtbar. (Vgl. Oesterr. CPO. § 411 Abs. 2.)

Das Gesetz sagt nicht, welchen Urtheilen allein Rechtskraft beiwohnen könne, sondern daß Urtheile, die über den Anspruch entscheiden, nur soweit die Entscheidung über diesen Anspruch in Frage kommt, der Rechtskraft fähig sind (nicht „wenn und insoweit" sondern „nur insoweit"). Die Fassung zielt ausschließlich ab auf Beseitigung der Savigny'schen Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe. — Der entscheidende Verbotsatz ne bis u. s. w. bezieht sich auf jedes Urtheil, mag es materiell oder nur prozessual entscheiden, denn in beiden Fällen greift derselbe Grund für das Verbot durch. Erfolgt absolutia ab instantia, so tritt gleichfalls Rechtskraft ein, nur können (selbstverständlich) die positiven Folgewirkungen der Rechtskraft (vgl. oben zu 1) hier nicht eintreten, soweit dieselben sich auf den „Anspruch" beziehen, — denn über den Anspruch ist eben nicht entschieden. Schwartz, „Absolute Rechtskraft" 343—345 (35—37).

3. Das Urtheil, durch das der Mangel einer Prozeßvoraussetzung festgestellt wird, ist zwar der materiellen Rechtskraft des § 322 nicht fähig, da über den Anspruch nicht entschieden ist. Die Feststellung des Urtheils gilt aber als Recht unter den Parteien und deshalb steht das Urtheil vor Beseitigung des Mangels einer neuen Klage entgegen. Marwitz, Urtheil 20.

4. Der materiellen Rechtskraft fähig sind nur Sachurtheile. Langheineken, Urtheilsanspruch 65.

5. Die Rechtskraft tritt zwischen den Parteien ein. Das heißt nicht, daß sie sich nur unter den Parteien äußert; sie äußert sich überall da, wo zwischen A und B geltendes Recht, über das zwischen A und B rechtskräftig entschieden wurde, in späterem Prozesse streitig ist. Die relativ rechtskräftig gewordene Entscheidung hat als solche absolute Geltung. Kraft des Urtheils ist das Entschiedene zwischen den Parteien Recht, und Jedermann kann durch Berufung auf das Urtheil unwiderleglich darthun, daß das Entschiedene zwischen den Parteien Recht ist.

Vgl. im Einzelnen die Bemerkungen zu BGB. §§ 425, 459, 767, 1564. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft.

6. Die Rechtskraftwirkung des Urtheils wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Parteien vereinbart haben, den Prozeß nur zum Schein führen zu wollen (simulirter Prozeß im engeren Sinne). Eine derartige Abrede hat vielmehr nur insoweit civilprozeßrechtliche Bedeutung, als damit ein vertragsmäßiger

Ausschluß der Zwangsvollstreckung beabsichtigt ist. Betreibt nämlich der Kläger entgegen der Simulationsabrede die Vollstreckung aus dem Urtheile, so ist dem Beklagten die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 (686) CPO. zuzubilligen, obwohl freilich der Grund, auf dem die Einrede beruht, schon vor der mündlichen Verhandlung entstanden ist, auf welche das Urtheil ergangen war. Denn die Einrede des vertragsmäßigen Ausschlusses der Zwangsvollstreckung kann niemals im Prozesse selbst, sondern immer erst in der Exekutionsinstanz geltend gemacht werden. Sintenis, Buschs Z. **30** 358 ff. (S. unten II 10.)

7. (BGB. §§ 138, 812, 823, 826.) Hat ein aus einem wucherischen Wechsel erwirktes Versäumnißurtheil die Rechtskraft erlangt, so können, wenn der Gläubiger die Urtheilsforderung beigetrieben hat, die wucherischen Vermögensvortheile nicht aus dem Grunde der Nichtigkeit des ursprünglichen Wuchergeschäfts zurückgefordert werden, auch nicht aus dem Gesichtspunkte, daß die Klage auf Rückforderung lediglich den Ersatz des durch eine strafbare Handlung des Gläubigers verursachten Schadens verfolge, dieser Anspruch auf Schadensersatz aber die rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners im Wechselprozeß unberührt lasse. (**RG. 39** 142 ff.)

Die Wirkung der Rechtskraft eines Urtheils versagt indeß, wenn es

a) nur Scheines halber,

b) behufs Verschleierung eines wucherlichen Versprechens,

c) in Folge eines gegen den Schuldner verübten Zwanges

erwirkt worden ist.

Als ein widerrechtlicher Zwang kann die Drohung des die Wechselklage erhebenden Gläubigers, sich im Falle des Widerspruchs gegen die Klage seines Rechtes gesetzmäßig, aber ohne Nachsicht gegen den Schuldner bedienen zu wollen, nicht angesehen werden; auch ist, wenn daraufhin der in Nothlage befindliche Schuldner gegen die angestellte Klage die Erhebung des Einwandes des Wuchers unterläßt und das Versäumnißurtheil gegen sich ergehen und rechtskräftig werden läßt, darin die Gewährung eines neuen wucherlichen Vermögensvortheils nicht zu finden.

Weitere Gründe, der Rechtskraft des Urtheils die Wirkung zu versagen, sind gegeben:

d) wenn die Erlangung des Urtheils auf einem gegen § 138 BGB. verstoßenden Rechtsgeschäfte beruht,

e) wenn das Urtheil durch vorsätzliche Rechtsverletzung erwirkt, durch Betrug oder Meineid erschlichen ist.

(**RG. 46** 75 ff) Leyserson, Rechtskraft eines Vers.Urth. aus einem wucher. Wechsel, A.burgR. **17** 107 ff.

II. Abs. 1. 1. a) Seit der Entscheidung des IV. Civilsenats vom 4. Januar 1892, **RG. 29** 345, hat das Reichsgericht in konstanter Praxis und unter fast allseitiger Zustimmung der juristischen Schriftsteller den § 322 Abs. 1 dahin ausgelegt, daß es keiner Erhebung des Anspruchs im eigentlichen Sinne bedarf, sondern daß es auch genügt, wenn darüber auf Grund eines Bestreitens mittelst der negativen Feststellungsklage erkannt worden ist.

Es ergeben sich somit folgende vier Rechtskraftwirkungen:

1. ist der Anspruch mit Klage oder Widerklage erhoben und zuerkannt, so steht er für die Folge fest;
2. ist er mit Klage oder Widerklage erhoben und aberkannt, so steht seine Nichtexistenz fest;
3. ist der den Anspruch bekämpfenden negativen Feststellungsklage stattgegeben, so steht die Nichtexistenz des Anspruchs fest;

4. ist diese Feststellungsklage aus materiellen Gründen abgewiesen, so steht der Anspruch fest.

b) Es genügt nicht, daß bei der früheren Entscheidung thatsächliche Voraussetzungen des erhobenen Anspruchs als bestehend oder nicht bestehend anerkannt wurden, und auch nicht, daß ein Anspruch, welcher die Voraussetzung eines früher erhobenen Anspruchs bildete, bei der Entscheidung über letzteren als bestehend oder nicht bestehend erachtet wurde; denn in diesem Falle war der die Voraussetzung bildende Anspruch nicht selbst Gegenstand einer Klage oder Widerklage. **RG. 50** 416 ff.

2. Positive und negative Feststellungsklage verfolgen denselben Zweck, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen. Es begründet daher sowohl die zusprechende wie die die Klage als sachlich unbegründet abweisende Entscheidung, den Einwand der Rechtskraft jeder Klage (auch der Leistungsklage) gegenüber, welche das Gegentheil des bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses in jener Entscheidung Festgestellten behauptet. **RG.** JW. **01** 423.

3. Der Inhalt der Entscheidungsgründe als solcher hat keinen Antheil an der Rechtskraft. **RG. 50** 273.

4. Der aus § 322 CPO. abgeleitete Satz, daß nur der Inhalt der Urtheilsformel der Rechtskraft fähig sei, sagt nur, daß eine bloß in den Gründen getroffene, in der Urtheilsformel nicht ausgeprägte Entscheidung der Rechtskraft nicht fähig ist, nicht, daß der Wortlaut der Urtheilsformel allein auch darüber entscheiden müsse, ob Identität des neuen und des bereits entschiedenen Streitfalls gegeben sei. Hierfür ist das dem Anspruche zu Grunde liegende Rechtsverhältniß insofern maßgebend, als nur bei Identität des alten und neuen, den Anspruch stützenden Rechtsverhältnisses auch von Identität des Anspruchs die Rede sein kann. **RG.** JW. **01** 139.

5. Die Frage nach der Wirkung der materiellen Rechtskraft eines Urtheils oder eines diesem gleichgestellten Schuldtitels wird weder von dem BGB. noch von der Prozeßgesetzgebung ausdrücklich entschieden; der Gesetzgeber überläßt vielmehr ihre Beantwortung der Wissenschaft und der Praxis. Danach hat der Grundsatz des römischen Rechtes de eadem re ne bis sit actio, d. h. daß das Klagerecht durch dessen Geltendmachung oder durch Urtheil als verbraucht zerstört werde, im geltenden Rechte keinen Raum und darf ein Gläubiger, über dessen Anspruch bereits rechtskräftig entschieden ist, gleichwohl zur Geltendmachung desselben Anspruchs Klage erheben, wenn er an der abermaligen Verurtheilung des Schuldners ein berechtigtes Interesse hat. Mithin steht ein rechtskräftiger Vollstreckungsbefehl der Geltendmachung des Anspruchs im Wege der Klage dann nicht entgegen, wenn der Gläubiger eine Sicherungshypothek vom Grundstücke des Schuldners zu erlangen bestrebt ist (§ 866 Abs. 3). Es ist jedoch die Vollstreckung aus dem Urtheile von der vorherigen Ablieferung des Vollstreckungsbefehls abhängig zu machen. OLG. Dresden, Annal. **23** 358 ff.

6. Wenn ein rechtskräftig zuerkannter Anspruch die Voraussetzung eines anderen bildet, so ist er auch für diesen rechtskräftig festgestellt. **RG.** JW. **01** 651; **02** 216.

7. Die CPO. kennt keine Abweisung „angebrachter Maßen." § 139 giebt jeder Partei Gelegenheit zur Klarlegung des Ursprunges und Umfanges der Forderung. RG. JW. **02** 92.

8. Dagegen: Von rechtskräftiger Abweisung eines Anspruchs kann nur die Rede sein, wenn über ihn wirklich erkannt worden ist. Die Abweisung wegen mangelnder thatsächlicher Begründung eines Anspruchs bewirkt keine Rechtskraft.

(Dahingestellt, ob auch bei Ausübung des Fragerechts.) **RG. 50** 378; **52** 325, 328.

9. Um die Rechtskraft eines Urtheils herbeizuführen, ist nicht nothwendig, daß über den Gegenstand des mit der Klage oder Widerklage erhobenen Anspruchs zwischen den Parteien förmlich gestritten und verhandelt wurde; es genügt, daß über den Anspruch durch das Urtheil entschieden worden ist. Bayr. ObLG. R. **02** 559.

10. Der rechtskräftige Vollstreckungsbefehl schafft zwar, wie das rechtskräftige Urtheil, Recht zwischen den Parteien, indeß findet diese Rechtswirkung ihre Schranke an der Vertragsmacht der Parteien. Diese können die Wirkung eines Urtheils nachtraglich durch Vertrag beseitigen, sie können aber ebenso vor dessen Erlaß vereinbaren, wie das Urtheil zwischen ihnen wirken soll, und der Geltendmachung eines solchen Vertrags stehen die §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 nicht entgegen. Dagegen können sie nicht die Wirkungen des Urtheils auf ganz andere Rechtsverhältnisse erstrecken. **RG. 46** 336, DJZ. **00** 301.

11. Eine neue Klage gegen die Erben an Stelle des auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel in §§ 727, 731 CPO. vorgeschriebenen Weges auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel aus dem gegen den Erblasser ergangenen Urtheil ist unzulässig. OLG. Hamb. HansGerZ. **00** 300.

12. Für den aus dem Urheberrecht und patentirten Erfinderrecht entspringenden Anspruch auf Schadensersatz bildet nicht der daneben gegebene Unterlassungsanspruch, sondern das beiden zu Grunde liegende absolute Recht die Voraussetzung. Das Verbotsurtheil präjudizirt daher nicht dem Anspruch auf Schadensersatz. Die dem Verbotsurtheile zu Grunde liegende Feststellung des absoluten Rechtes nimmt als Entscheidungsgrund gemäß § 322 Abs. 1 an der Rechtskraft nicht Theil. **RG.** JW. **01** 651.

13. Die Einrede der res iudicata setzt Identität des Anspruchs voraus. Keine Identität bei Ansprüchen aus Verlöbnißbruch und aus Defloration. **RG. 49** 204.

14. Die Einrede der Rechtskraft schlägt durch, wenn auf Herausgabe von Wechseln wegen Nichtentstehung des Wechselanspruchs geklagt wird, letzterer aber rechtskräftig festgestellt ist. **RG. 50** 416.

15. Das die Klage auf Löschung einer Sicherungshypothek wegen eines angeblichen Verzichts des Gläubigers abweisende Urtheil stellt nicht die Entstehung des Anspruchs rechtskräftig fest. **RG. 46** 8.

16. Der Kondiktion der auf ein rechtskräftiges Urtheil bezahlten Summe steht die Rechtskraft entgegen. Dagegen nicht der Schadensersatzklage (das Urtheil war durch Meineid und Betrug erschlichen). **RG. 46** 75.

17. Der Beschluß nach § 732 bewirkt im Verfahren nach § 768 keine Rechtskraft. **RG. 50** 372.

18. Ein rechtskräftiges Urtheil, das der Verpächter wegen seiner Pachtforderung gegen den Pächter erstritten hat, schafft keine Rechtskraft gegenüber einem Zwangsvollstreckungsgläubiger, der Sachen des Pächters hat pfänden lassen. **RG. JW. 00** 656.

19. Der auf die Behauptung der im Dezember eines Jahres erfolgten Abschließung eines Miethvertrags gestützten Klage steht die Rechtskraft eines zwischen denselben Parteien ergangenen Urtheils, daß ein Miethvertrag im März des nächsten Jahres nicht abgeschlossen ist, nicht entgegen. Bayr. ObLG. R. **02** 352.

20. Eine Aenderung des Gesetzes über die Unterhaltspflicht der Geschwister wirkt auch gegen früher rechtskräftige Entscheidungen. **RG. 46** 65; Seuff. A. **56** 83.

III. Abs. 2. 1. Unklare Forderung ist bei klarer Gegenforderung ohne Weiteres abzuweisen. Francke, Seuff. Bl. **64** 436 f. Dagegen:

2. Eine streitige Klageforderung darf nicht auf Grund einer eventuell zur Aufrechnung gestellten liquiden Gegenforderung abgewiesen werden, wenn nicht

zuvor das Bestehen der Klageforderung, welche nothwendige Voraussetzung der Aufrechnung ist, festgestellt worden ist. **RG. R. 02** 511; **OLG.** Frankf. eb. 265.

3. Als „geltend gemacht“ ist die Aufrechnung nur bis zu demjenigen Betrag anzusehen, dessen es zur Tilgung des Klaganspruchs bedarf.

Für die Eventualität eines Theilurtheils kann die Aufrechnung folgeweise nur in Höhe des Betrags, in der das Theilurtheil auf die Klage erkennt, als vorliegend angesehen werden. In Rechtskraft kann die im Theilurtheil über die Gegenforderung getroffene Entscheidung nur in Höhe des Betrags des Theilurtheils erwachsen. **RG. 49** 403.

4. Es macht keinen Unterschied, ob die Gegenforderung, weil unbegründet oder weil ungenügend substantiirt, abgewiesen wird. **RG. JW. 02** 92; **OLG. 3** 141 (Königsb.).

5. Eine ausdrückliche Aufnahme der Entscheidung über die Gegenforderung in die Urtheilsformel ist nicht erforderlich, auch nicht einmal üblich. Die Gründe müssen darüber Aufschluß geben, wie die Urtheilsformel in dieser Beziehung zu verstehen, ob insbesondere über das Nichtbestehen der Gegenforderung entschieden ist. **OLG. 3** 141 (Königsb.).

6. Wenn auch § 322 nur von einer Gegenforderung — in der Einzahl — redet, so ist doch daraus nicht zu folgern, daß der Fall, wenn mehrere Gegenforderungen entgegengesetzt werden, von der Vorschrift dieses Paragraphen nicht hat betroffen werden sollen. Denn es ist davon auszugehen, daß ein Gesetz, wenn es von der Einzahl spricht, damit nur den Regelfall im Auge hat, und daß auch die entsprechende Ausdrucksweise der CPO. in diesem Sinne zu verstehen ist. Die einzige Schranke, die § 322 der Rechtskraft der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen setzt, ist, daß die Rechtskraft nur in Höhe desjenigen Betrags erwächst, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, so daß sich die Rechtskraft nur auf einen dem Klagantrage gleichkommenden Betrag, nie aber über diesen hinaus erstreckt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob über die Gegenforderung oder die Gegenforderungen in einem Urtheil entschieden wird, oder ob mehrere Theilurtheile ergehen. **OLG. 3** 140 (Königsb.).

7. Die Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnungseinrede erläutert an Beispielen Meyer, R. **02** 228 ff.

§ 323. I. 1. Die auf § 323 gestützte Klage geht auf Aenderung des Urtheils, weil die vom Richter als wahrscheinlich vorausgesetzte Gestaltung der Zukunft nicht eingetreten ist. Bei einer einmaligen Abfindung ist das Urtheil unanfechtbar. Hellwig, Anspruch 167 zu Note 14.

Zuständig zur Abänderung des Urtheils ist das Gericht, welches das abzuändernde Urtheil erlassen hat (176 Note 47).

2. Die Klage ist Bewirkungsklage. Eine durch Urtheil auferlegte Gesammtverpflichtung wird, da ihre Quoten genau fixirt sind, im Allgemeinen nicht kongruent sein der entsprechenden im materiellen Rechte begründeten Gesammtverpflichtung, deren Einzelbeträge im Allgemeinen variable Größen darstellen. Die Ausgleichung dieses Widerspruchs zwischen Urtheil und materieller Rechtslage erscheint deshalb geboten, weil vorher die Parteien so wenig wie der Richter die Umstände übersehen und zur Geltung bringen können, von denen die zukünftige Gestaltung der Gesammtverpflichtung im Einzelnen abhängt. Damit tritt diese Bewirkungsklage in deutlichen Gegensatz zur Feststellungsklage des § 767, was im Gesetze seinen bezeichnenden Ausdruck in der getrennten und selbständigen Behandlung beider Klageformen gefunden hat. Langheineken, Urtheilsanspruch 260 ff.

II. 1. Der Fall des § 323 ist nicht ein Einzelfall des § 767 und es ist daher der Gerichtsstand des § 767 nicht für § 323 maßgebend. **OLG. 3** 327

(Köln), 5 20 (Hamm). So auch die Kommentare mit Ausnahme von Reincke zu § 323.

2. Zweckbestimmung, Stellung — unmittelbar nach § 322 — und Fassung dieser Vorschrift weisen darauf hin, daß hierbei ein der Abänderung vorausgegangenes **rechtskräftiges** Urtheil vorausgesetzt ist. **RG. 47** 411.

3. Gegenstand der Klage auf Grund des § 323 CPO. ist stets die Abänderung eines Urtheils, das auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen erkannt hat, und zwar hinsichtlich der Verurtheilung zur Leistung, deren Höhe und deren Dauer. Der Anspruch auf diese Aenderung ist davon abhängig, daß eine wesentliche Aenderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, die für das abzuändernde Urtheil nach diesen verschiedenen Richtungen maßgebend waren. Hieraus, insbesondere aus dem Umstande, daß auch die auf die Verurtheilung selbst, d. h. auf die Feststellung des Anspruchs dem Grunde nach, wesentlichen Aenderungen der Verhältnisse maßgebend sind, ergiebt sich, daß diese Klage denselben Anspruch wie das abzuändernde Urtheil zum Gegenstande hat und **folglich, wenn für diesen Anspruch die Zuständigkeit eines besonderen Gerichts begründet ist, vor dieses auch die Klage aus § 323 gehört.** War mithin für den im Urtheile festgestellten Anspruch das Rheinschiffahrtsgericht zuständig, so ist es dies auch für deren Anspruch auf die Minderung. OLG. 3 327 (Köln).

4. a) Bei einem vor dem 1. Januar 1900 ergangenen Urtheil auf Unterhalt nach § 798 II. 1 Pr. ALR. handelt es sich nicht um ein von Tag zu Tage neu erwachsendes Recht, sondern um ein Recht, das, einmal erworben, endgültig und unabänderlich feststeht und weder zu Gunsten der Frau noch zu Gunsten des Mannes durch später eintretende Ereignisse berührt wird. In Folge dessen ist § 323 auf diesen Fall unanwendbar.

b) Der § 323 findet als Prozeßgesetz auch auf am 1. Januar 1900 anhängige Rechtsstreitigkeiten Anwendung. Deswegen ist er aber nicht anwendbar auf bereits vor dem 1. Januar 1900 rechtskräftig festgestellte und dadurch nach dem damals geltenden Rechte unabänderlich gewordene Rechtsverhältnisse. Eine Beseitigung solcher bereits endgültig erworbenen Rechte wäre nur möglich, wenn dem § 323 rückwirkende Kraft beiwohnte. Eine Rückwirkung ist ihm aber nicht beigelegt. OLG. **1** 280 (KG.).

§ 325 Abs. 1. I. Das Urtheil wirkt nur für und gegen die Partei Rechtskraft (Hellwig, Rechtskraft 127 Note 6a), nicht gegenüber dem Stellvertreter, d. h. demjenigen, der im Namen eines Anderen aufgetreten ist, sei es als Bevollmächtigter, sei es als gesetzlicher Vertreter, oder als der wie ein solcher zu behandelnde Vorstand einer juristischen Person oder eines solchen gleichstehenden selbständigen Sondervermögens (36 ff.). Gleichgültig für die Urtheilswirkung ist, ob derjenige, der im Namen eines Anderen den Prozeß geführt hat, die Vertretungsmacht besaß (38). Denn das Urtheil schöpft seine bindende Kraft nicht aus der Thätigkeit der Parteien und der Vertretungsmacht derer, die in ihrem Namen handelten, sondern aus der Autorität der höchsten Staatsgewalt, in deren Namen der Richterspruch erfolgt ist (38). Es ist auch gleichgültig für die Rechtskraftwirkung, ob der Vertreter ein eigenes Interesse an dem Ausgange des Prozesses hat, den er im Namen des Berechtigten oder Verpflichteten führt (38). Andererseits hat auch das interne Verhältniß desjenigen, der als Partei den Prozeß auf fremde Rechnung führt, niemals die Wirkung, daß es als solches eine Erstreckung der Rechtskraft auf den dritten Interessenten herbeiführt (39). Er allein ist der Berechtigte und nur ihm gegenüber macht das Urtheil Rechtskraft (40).

Ist die Rechtskraft eines Urtheils auf einen Dritten erstreckt, so kommt dies in dem zweiten Prozesse nur dann in Betracht, wenn die jetzt zu entscheidende Rechtsfrage dieselbe ist, wie die in dem ersten Prozesse rechtskräftig entschiedene (42). Solche Punkte, über die zwischen den Parteien selbst gemäß CPO. § 322 keine Rechtskraft erwächst, können auch Dritten gegenüber nicht wegen Rechtskrafterstreckung unbestreitbar sein. Diese setzt also die sogenannte objektive Identität der rechtskräftig entschiedenen und jetzt wiederum zu entscheidenden Streitfrage voraus. Im Allgemeinen hat die Rechtskrafterstreckung auf dritte Personen nur die Bedeutung, daß ihnen gegenüber die Unbestreitbarkeit der Urtheilsfeststellung eintritt, obwohl die jetzigen Parteien von den Parteien des ersten Prozesses verschieden sind (42 ff.). Eine Anwendung dieses Grundsatzes erfolgt bei der Klage des Ehemanns, des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers (keine Rechtskraft über das Eigenthum des Bestellers) (43 ff.).

Mit der Bestimmung, daß ein Urtheil für oder gegen einen Dritten „wirksam" sei, ist nur die Feststellungswirkung auf ihn ausgedehnt (46). Es kann dem gegen den Dritten wirksamen Urtheile die Eigenschaft eines Vollstreckungstitels fehlen (46). Daraus, daß die Möglichkeit besteht, aus einer von dem Gerichtsschreiber mit Unrecht ertheilten vollstreckbaren Ausfertigung die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ja daß es sogar Fälle giebt, in denen dies gegen einen Dritten auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils möglich ist, aus § 741 CPO und aus der Thatsache, daß es Vollstreckungstitel giebt, denen überhaupt eine rechtskraftfähige Entscheidung nicht zu Grunde liegt, folgert Hellwig (48) folgende zwei Sätze: 1. Daraus allein, daß Jemand das (prozessuale) Vollstreckungsrecht besitzt, kann nicht geschlossen werden, daß zwischen dem aktiv und passiv betheiligten Subjekte das Bestehen der Schuld rechtskräftig feststehe. 2. Wenn das Prozeßgesetz dem Gläubiger bei Vorhandensein gewisser Voraussetzungen die Möglichkeit giebt, sich auf Grund der gegen einen Anderen ergangenen Verurtheilung eine vollstreckbare Ausfertigung zu verschaffen, so folgt daraus keineswegs schlechthin, daß die Verurtheilung des Dritten Rechtskraft gegen diesen Vollstreckungsschuldner macht. — Andererseits folgt aus der Nothwendigkeit, sich durch Klage den Vollstreckungstitel zu verschaffen, keineswegs, daß das früher ergangene Urtheil keine Rechtskraft gegenüber dem Dritten schaffte (49). — Macht aber das Gesetz schlechthin von der Thatsache, daß eine Schuld gegen den Einen rechtskräftig festgestellt ist, und von dem Vorhandensein weiterer Umstände die Folge abhängig, daß gegen einen Anderen ein definitiver Vollstreckungstitel erlangt werden kann, so liegt darin die Anerkennung, daß wegen jener weiteren Umstände die gegen den Einen ergangene Feststellung der Forderung Rechtskraft gegen den Anderen schafft (49).

Die Fälle, in denen sich die Rechtskraftwirkung auf Dritte erstreckt, scheiden sich in zwei Klassen: Die erste wird gebildet von den Fällen, in denen die Erstreckung gesetzgeberisch ihre Rechtfertigung in einem civilistischen Abhängigkeitsverhältnisse des Dritten zu einer der Prozeßparteien findet; in die zweite Klasse gehören diejenigen Fälle, in denen eine derartig civilistische Grundlage fehlt, in denen die Erstreckung der Rechtskraft eine *lediglich* auf prozeßrechtlichen Erwägungen beruhende Singularität ist. Nur in der ersten Klasse ist Analogie möglich (51 ff.).

Zu der zweiten Klasse gehören die Fälle der CPO. §§ 629, 643, der Fall der CPO. § 76, der Fall der CPO. § 856 [s. H. zu diesen Paragraphen], der Fall der Rechtsnachfolge während schwebenden Prozesses [s. H. zu § 265] (56).

Zu der ersten Klasse gehören die Fälle der Sukzession post rem iudicatam und die Fälle, in denen der Prozeßführer materiell-rechtlich die Verfügungsmacht über den ihm fremden Prozeßgegenstand hat und deshalb auch befähigt ist, mit

Wirkung gegen den in dem materiellen Rechtsverhältnisse stehenden Dritten zu prozessiren (56 ff.). (Prozeßführung des Verwaltungsberechtigten; Prozesse desjenigen, der Verwaltungsmacht, wenn auch kein Verwaltungsrecht hat; Prozesse über Rechtsverhältnisse von selbständigen Sondervermögen [dazu H. zu CPO. § 17 ff.], 56 ff.) In diesen Fällen trifft die Rechtskraft den Dritten deshalb, weil zwischen ihnen und der Prozeßpartei eine civilistische Rechtsbeziehung besteht, kraft deren sich die Rechtslage des Dritten durch die Verwaltungshandlung der prozeßführenden Partei bzw. ihres Vertreters bestimmt (62).

Eine Rechtsnachfolge liegt (nach CPO. u. BGB.) dann vor, wenn ein Dritter in die Rechtsstellung des bisher Berechtigten einrückt:

1. kraft eines die Uebertragung des Rechtes bezweckenden oder eine sonstige Verfügung über dasselbe enthaltenden Rechtsgeschäfts,
2. kraft eines auf Uebertragung oder Herstellung einer Belastung gerichteten Staatsakts, oder
3. auf Grund sonstiger Thatsachen, welche die im BGB. § 412 sogenannte „Uebertragung kraft Gesetzes" oder eine sonstige Rechtsnachfolge herbeiführen (93 ff.).

Unter die Rechtsnachfolge des § 325 I fällt jeder Nachfolger in ein Rechtsverhältniß, also nicht nur in die Aktivsukzession (94).

Rechtsnachfolge ist gleichbedeutend mit dem abgeleiteten Erwerbe. Rechtsnachfolger ist auch derjenige, der aus der Verfügung eines Nichtberechtigten Rechte herleitet [s. H. zu BGB. § 185] (104 ff.).

Die Rechtsnachfolge wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Rechtsvorgänger derart gebunden ist, daß er den Eintritt des Rechtsüberganges durch anderweite Verfügungen nicht hindern kann (105 ff.), sei es, daß der Berechtigte durch ein Veräußerungsverbot beschränkt ist, oder daß der Vorgänger unter einer aufschiebenden Bedingung über das Recht verfügt hat, oder daß das Recht resolutiv bedingt ist.

Der durch das Veräußerungsverbot geschützte Dritte, der einen Anspruch auf Uebertragung des in dem Veräußerungsverbote bezeichneten Gegenstandes hat, wird erst dann Rechtsnachfolger, wenn der zur Uebertragung erforderliche Thatbestand verwirklicht ist. Die Urtheile, welche gegenüber dem Interdikten ergehen und über das Bestehen und den Inhalt des in dem Veräußerungsverbote bezeichneten Rechtes entscheiden, wirken daher gegen den Geschützten Rechtskraft auch dann, wenn der Prozeß zwar nach Erlaß des Veräußerungsverbots, aber vor Eintritt der Rechtsnachfolge begonnen hatte. Daß der Prozeßgegner von dem Verbote keine Kenntniß hatte, ist nicht Voraussetzung (106 ff.).

Ist unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin eine Uebertragung oder eine sonstige Verfügung vorgenommen, so tritt die Rechtsnachfolge erst mit der Erfüllung der Bedingung ein; ein gegenüber dem Vorgänger ergangenes Urtheil wirkt daher gegenüber dem Erwerber, wenn der Eintritt der Bedingung erst nach dem Prozeßbeginn erfolgt ist (109 ff.).

Bei einer auflösenden Bedingung und einem Endtermin ist der Veräußerer, an den das Recht zurückfällt, der Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten (111 ff.). Daher wirkt das Urtheil, welches gegenüber dem Zwischenberechtigten ergeht, für und gegen den Rückfallsberechtigten und im Falle eines während des Prozesses des Rückfallsberechtigten eintretenden Rückfalls ist CPO. § 265 anwendbar. Voraussetzung ist, daß der Prozeß vor Eintritt der Resolutivbedingung oder des Endtermins begonnen hatte (114 ff.).

Das Pendenzverhältniß bei bedingten Rechtsgeschäften ist (auch hinsichtlich der Rechtskraftwirkung) verwandt mit dem kraft Gesetzes in bestimmten Fällen eintretenden Schwebezustande. Dem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft ent-

spricht die schwebende Unwirksamkeit. Sie ist dann vorhanden, wenn die den Inhalt des Rechtsgeschäfts bildenden Willenserklärungen vollständig abgegeben sind, aber ein in concreto erforderlicher nachholbarer Bestandtheil des Geschäfts fehlt, so bei Verfügungen eines Nichtberechtigten oder eines in der Verfügungsmacht beschränkten Berechtigten, und bei Verfügungen, bei denen einem Theile die Vertretungsmacht oder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts fehlt. Denn die CPO. macht die Rechtskrafterstreckung davon abhängig, daß die Rechtsnachfolge nach dem Beginne der Rechtshängigkeit eingetreten ist. Die civilistische Zurückdatirung (BGB. § 184) ist prozessual irrelevant (115 ff.).

Dem Ausstehen der Auflösung einer rechtsgeschäftlichen Wirkung entspricht die schwebende Wirksamkeit bei anfechtbaren Rechtsgeschäften (118 ff.).

§ 325 I findet also Anwendung, wenn ein Recht auf einen Erwerber mit der Verpflichtung zur Rückübertragung übergegangen ist und das Recht vor dem Eintritte der Rechtsnachfolge durch die Zurückübertragung bei dem Erwerber rechtshängig geworden war (118 ff.).

Liegt Anfechtbarkeit im technischen Sinne des BGB. vor, so ist es bis zum Wegfalle des Anfechtungsrechts nicht in der Schwebe, ob das Geschäft unwirksam bleiben wird, sondern ob die eingetretenen Wirkungen wieder wegfallen werden (120). Dieser Wegfall tritt ein mit der Anfechtungserklärung, eventuell mit dem erforderten, richterlichen (konstitutiven) Urtheile. Die Anfechtung einer Rechtsnachfolge bedeutet also einen Rückfall an den Anfechtenden. Der Rückerwerber ist also Rechtsnachfolger des Zwischenberechtigten (121) Die civilistische rückwirkende Kraft der Anfechtung bleibt für die prozessuale Behandlung außer Betracht (122). Folglich ist § 325 anwendbar.

Die Rechtskrafterstreckung bei der post rem iudicatam eingetretenen Rechtsnachfolge folgt weder aus dem Begriffe der Singular- noch aus dem der Universalsukzession. Das civilistische Abhängigkeitsverhältniß ist der Grund für die gesetzlich statuirte Erstreckung der Rechtskraft (125 ff.).

Die Rechtskraftausdehnung auf einen „Rechtsnachfolger" hat je nach dem Inhalte der Urtheilsfeststellung eine verschiedene und geradezu einander entgegengesetzte Voraussetzung und Bedeutung (131). Da der Grund der Erstreckung das Abhängigkeitsverhältniß zwischen Autor und Sukzessor ist, so kommt sie nur soweit in Betracht, als dieses besteht. Und soweit dieses Abhängigkeitsverhältniß nicht besteht, bleibt es bei der Regel, daß die Rechtskraft nur inter partes wirkt. Die Bedeutung der Erstreckung besteht darin, 1. daß der Gegner dem Rechtsnachfolger das festgestellte Recht nicht aus dem Grunde bestreiten kann, daß der Vorgänger es nicht gehabt habe; im Uebrigen ist der Gegner in seinem Vorbringen nicht beschränkt (132 ff.); oder 2 darin, daß das Bestehen der Verbindlichkeit des Beklagten des ersten Prozesses auch von seinem Rechtsnachfolger nicht deshalb bestritten werden kann, daß sie gegenüber dem Rechtsvorgänger nicht bestanden (133 ff.). Aber alle anderen Einwendungen stehen ihm frei (135).

Soweit der Dritte nicht Rechtsnachfolger ist (er sukzedirt z. B. in nur eins von mehreren abgeurtheilten Rechtsverhältnissen), nützt dem Sieger das früher ergangene Urtheil nichts (134).

Auch ein wegen Mangels der Klagevoraussetzungen abweisendes Urtheil wirkt gegen den Rechtsnachfolger (134 Note 18).

Der Dritte genießt auch die Rechtskraft im Falle einer nur hypothetischen Sukzession, d. h. einer solchen, die bestehen würde, wenn das von dem Gegner im ersten Prozeß ohne Erfolg behauptete Recht vorhanden wäre (136 ff.) [anders, wenn das verneinte Recht auf Thatsachen gestützt wird, die nach der letzten Thatsachenverhandlung des früheren Prozesses eingetreten sind (138)], und umgekehrt kommt die Rechtskraft gegen den Dritten in Betracht, wenn ein Thatbestand vor-

liegt, der den Dritten zum Rechtsnachfolger in das gegenüber der früheren Partei verneinende Recht gemacht haben würde, falls es dieser zugestanden hätte (138 ff.). Auch diese Erstreckung reicht nur soweit, als der Dritte als Rechtsnachfolger eine Behauptung aufstellt, die mit der gegenüber dem Beklagten geschehenen Feststellung in Widerspruch stehen würde (139) [auch hier kann der Dritte, wie der Besiegte selbst behaupten, daß das für den Sieger festgestellte Recht nach der letzten Thatsachenverhandlung untergegangen ist (141)].

Für das Verhältniß von Vorgänger und Nachfolger selbst hat die Erstreckung der Rechtskraft keine Bedeutung. Denn die Rechtskraft verändert die materielle Rechtslage nicht (142 ff.).

Gegenüber dem Erben zessirt die Rechtskraft, soweit er nicht als Sukzessor in Betracht kommt (145 ff.).

Ueber die Erstreckung der Rechtskraft auf den pendente lite Nachfolgenden s. Hellwig zu § 265 CPO.

Unter der Rechtsnachfolge ist zu verstehen die translative und kumulative (242 ff.); die konstitutive (253 ff.) und die restitutive (259 ff.) Letztere liegt vor, wenn das gänzlich oder theilweise Erlöschen eines dinglichen Rechtes darauf beruht, daß diese Rechte von dem Berechtigten aufgegeben wurden oder daß sie aus einem in seiner Person liegenden Grunde kraft Gesetzes untergehen (259). Ebenso ist es ein abgeleiteter Erwerb, wenn der Schuldner die Befreiung von seiner Verpflichtung oder die Aenderung ihres Inhalts aus einer Verfügung des Gläubigers über die Forderung oder aus einem in dessen Person liegenden und kraft Gesetzes die Befreiung wirkenden Grunde erlangt (260). Demgemäß tritt auch Rechtskrafterstreckung ein (262 ff.); sie wird durch den schlechten Glauben des Rechtsnachfolgers nicht ausgeschlossen, fällt aber mit der Aufhebung des Urtheils fort (265).

Im Prätendentenstreite wirkt die Rechtskraft für und gegen den Belasteten und den Schuldner insoweit und nur insoweit, als er qua Rechtsnachfolger Rechtsfolgen aus der Prozeßpartei ableitet. Soweit dies nicht der Fall ist, hat die Rechtskraft aus dem Prozesse der dritten Personen für den Schuldner keine Bedeutung (268).

In den Fällen des kraft Gesetzes erfolgenden Eintritts in eine bis dahin fremde Schuld (BGB. §§ 419, 1086, 1089, 1411, 1967) und bei der vertragsmäßigen Schuldübernahme ist der Eintretende Rechtsnachfolger; daher findet aus den gegen den Urschuldner ergehenden Urtheilen Rechtskrafterstreckung gegen den Eintretenden statt (319).

Der Erwerber eines Grundstücks ist Rechtsnachfolger in die Verpflichtungen, „die auf dem Grundstücke ruhen" [s. H. zu CPO. § 266] (330). Ihn trifft also die Rechtskraft nach § 325 CPO.

Der Besitznachfolger sukzedirt in die durch den Besitz der Sache begründeten Verbindlichkeiten (333) [z. B. Herausgabepflicht, da diese den Besitzer als solchen trifft, nicht Schadensersatzpflicht (335)]. Besitzmittler sind Rechtsnachfolger; ihre Erwähnung im § 325 I daher überflüssig (250 ff., 337 ff.; s. a. H. zu BGB. § 868).

Von den dinglichen Ansprüchen, die den Besitzer als solchen treffen, gehören hierher: der Anspruch auf Herausgabe nach BGB. §§ 985, 1017, 1065, 1229; der Anspruch aus § 1005; der Anspruch aus §§ 1004, 1017, 1029, 1065, 1090. In allen diesen Fällen hört die Haftung des bisherigen Besitzers mit dem Wegfalle des Besitzes auf und geht mit dem übertragenen Besitz auf den Besitznachfolger über (339). Die Rechtskrafterstreckung ist aber irrelevant, wenn die gegenüber dem Vorbesitzer festgestellte Pflicht für den Nachfolger nicht besteht, weil das dingliche Recht des Klägers inzwischen schon untergegangen ist (341 f.).

Hierher gehören auch die Ansprüche aus BGB. §§ 1007, 861 [s. H. zu § 1007] (342 ff.). Der Erwerber als Nachfolger im Besitze tritt auch in die durch ihn begründete Herausgabepflicht ein; daher erstreckt sich auf ihn auch die Rechtskraft (CPO. § 325), falls die Sukzession nach Beginn der Rechtshängigkeit stattgefunden hat. Im Falle des § 1007 Abs. 2 aber verstößt es nicht gegen die Rechtskraft, wenn der Erwerber sein Eigenthum oder sein besseres Recht zum Besitze geltend macht (350). Im Falle des § 1007 Abs. 1 schadet dem Erwerber die Rechtskraft nicht, wenn er in gutem Glauben an die Verfügungsmacht des Beklagten war und die Rechtshängigkeit nicht kannte oder kennen mußte (351). BGB. § 816 ist bei unentgeltlichem Erwerb anwendbar. Klagt der Oberbesitzer gegen den Besitzmittler aus § 1007, so wird das Urtheil gegen den Unterbesitzer, an den der Beklagte die Sache nach Beginn der Rechtshängigkeit überlassen hat, rechtskräftig und vollstreckbar (352 f.).

Im Falle des § 861 BGB. (s. H. zu § 861) wirkt das gegen den Entziehenden ergangene Urtheil gegenüber dem im § 858 II bezeichneten Besitznachfolger; und auch dann, wenn die Sache in Kenntniß der Rechtshängigkeit erworben wurde (357).

Hat ein Dritter die störende Anlage in Kenntniß der Eigenmacht erworben (s. H. zu § 862), so erstreckt sich auch die Rechtskraft aus dem gegen den Störer ergangenen Urtheile gegen den Dritten (361).

Im Prozeß über den Erbschaftsanspruch findet Rechtskrafterstreckung wegen Litigiosität der Sache nur dann statt, wenn der klagende Erbe gegen den Beklagten einen Anspruch verfolgt, der dadurch begründet ist, daß der Beklagte der Besitzer von Erbschaftsgegenständen ist (361 ff.).

Für die Rechtskraft aus Anfechtungsprozessen gelten die allgemeinen Grundsätze (364 ff.), wobei zu unterscheiden sind Urtheile über das Anfechtungsrecht und Urtheile über die Anfechtung. Sie gelten auch für die Gläubigeranfechtung, da die Anfechtung die Rechtshandlung dem Gläubiger gegenüber nichtig macht (368 ff.). Singulär sind die Vorschriften im § 13 des Anfechtungsgesetzes v. 1879 (371 ff.).

II. 1. Die Rechtsnachfolge kann durch Zwangsversteigerung vermittelt sein. RG. JW. **02** 128.

2. Der Anfechtungsanspruch aus dem Anfechtungsgesetz ist rein obligatorischer Natur, es fehlt mithin bei ihr „eine in Streit befangene Sache". OLG. **4** 177 (Stettin).

3. Das rechtskräftige Urtheil wirkt gegen den Rechtsnachfolger nur in der Sache selbst, nicht bezüglich der Kosten. Eine Abweichung von der Bestimmung des § 236 CPO. a. F., der das ausdrücklich sagte, hat der Gesetzgeber nicht beabsichtigt. OLG. **1** 224 (Königsberg). Dagegen:

4. Das Urtheil ist auch in Anfechtung des Kostenpunkts gegen den Rechtsnachfolger wirksam. OLG. 5 61 (Stettin).

5. Für die Frage, ob ein gegen den Eigenthümer ergangenes Urtheil gegen denjenigen wirksam ist, der das Grundstück vor dem 1. Januar 1900 erstanden hat, ist nicht § 325, sondern sind die bisherigen §§ 236—238 CPO. maßgebend. Auch die Vorschrift des § 727 ändert nichts hieran, denn insofern die Rechtswirkungen vergangener Handlungen und wohlerworbene Rechte in Frage kommen, sind auch Prozeßgesetze nicht mit ihrem Inkrafttreten anwendbar. OLG. **1** 276 (Marienwerder).

III. Abs. 2. 1. Der gutgläubig mit dem Nichtberechtigten Prozessirende kann sich auf das Urtheil gegenüber dem wahren Berechtigten berufen. Hellwig, Anspruch 256 zu Note 4.

Die Rechtskraft schadet dem Dritten nicht, wenn er durch die Verfügung der unterlegenen Partei ein von dessen Berechtigtgewesensein nicht abhängiges Recht erworben hat oder wenn eine Belastung oder Verpflichtung, die gegenüber der unterlegenen Partei anerkannt war, in Folge ihrer Verfügung untergegangen ist. Hellwig, Rechtskraft 182 ff.

Dies folgt direkt aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, ohne Bezugnahme auf § 325 II. 191 (vgl. die Ausführungen Hellwigs zu Abs. 1 über die Rechtsnachfolge). Die Bedeutung des § 325 II., der keine direkte, sondern eine entsprechende (analoge) Anwendung dieser Vorschriften bestimmt, besteht nun nicht darin, daß er sagt, die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten bleiben unberührt (193); sondern in positiver Beziehung darin, daß das Kennen bzw. Kennenmüssen der Rechtshängigkeit in Bezug auf die Rechtskrafterstreckung dem Kennen oder Kennenmüssen des materiellen Rechtsmangels gleichgestellt wird (195). Die Bedeutung der Rechtskraft gegenüber dem Nachfolger ist keineswegs durch die Kenntniß oder das Kennenmüssen der Rechtshängigkeit bedingt. Vielmehr bleibt es, wenn der Dritte den materiellen Rechtsmangel kannte, wenn ein Widerspruch eingetragen war (BGB. § 892), wenn die Sache abhanden gekommen war (BGB. §§ 932/934), bei der vollen Wirkung der Rechtskrafterstreckung (196). Das Gesetz enthält nirgends den Satz, daß das gegen den Autor ergangene Urtheil nicht Rechtskraft gegenüber dem gutgläubigen Nachfolger schaffe; vielmehr tritt die Rechtskrafterstreckung ein, aber sie schadet ihm nichts, weil die Feststellung, daß der Gegner des Veräußerers der Berechtigte war, seine jetzige Rechtsposition nicht zu erfüllen vermag. Die Rechtskraft dieser Feststellung erstreckt sich auch hier auf den Erwerber, der zwar nicht das Recht des Veräußerers, aber doch durch seine Verfügung erworben hat und demgemäß insoweit sein Rechtsnachfolger geworden ist (197 ff.). Dagegen schadet die Rechtskrafterstreckung dem unentgeltlichen Erwerber, der nach BGB. § 816 I. 2 das Erlangte herausgeben muß (198). Dasselbe ist möglich auch bei entgeltlichem Erwerb im Falle der Vermögensübernahme, wenn der Grund, der dem Erwerber nach § 892 BGB. das Eigenthum am Grundstücke verschaffte, den Veräußerer gegenüber dem früheren Eigenthümer zu Schadensersatz verpflichtete. In diesem Anspruche sukzedirt der Uebernehmer, der auf Grund der Rechtskraft das frühere Eigenthum des Klägers nicht bestreiten kann (199).

Da der Erwerber der Rechtsnachfolger des Berechtigten ist (s. Hellwig zu Abs. 1), so nützt und schadet ihm die Rechtskraft, wenn er sich darauf stützt und stützen muß, daß der Nichtberechtigte über das Recht eines bestimmten Dritten verfügt hat und wenn zwischen diesem Dritten und dem jetzigen Prozeßgegner des Erwerbers über das Bestehen oder den Umfang des übertragenen Rechtes entschieden worden ist (200).

Zusammenfassend stellt Hellwig 480 folgenden Satz auf: die Rechtskraft des Urtheils erweitert sich zu Gunsten der gutgläubigen Prozeßpartei, wenn sie mit dem Nichtberechtigten unter solchen Voraussetzungen prozessirt, daß ein über den Prozeßgegenstand geschlossenes Rechtsgeschäft wegen der dem Nichtberechtigten beigelegten freien Verfügungsmacht zu ihren Gunsten Wirkung gegen den Berechtigten haben würde.

Aus § 325 II. folgert Hellwig 507 ff., daß die Prozeßführung des Nichtberechtigten in Folge der Zustimmung des Berechtigten gegen diesen wirkt. Denn § 325 II. bestimmt ja, daß die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten entsprechende Anwendung auf die Prozeßführung haben. Von dieser Zustimmung ist zu unterscheiden die Zustimmung zu der Prozeßführung

des Berechtigten, dem das Verwaltungsrecht fehlt (z. B. BGB. §§ 1395/1396, 1400 II) (511 ff.).

2. Die Erkennbarkeit der Rechtshängigkeit ist für die Wirkungen des § 325 Abs. 2 erforderlich. OLG. 4 177 (Stettin).

IV. Abs. 3 bezieht sich auf Ansprüche, also nicht auf Prozesse der Feststellung der Existenz oder der Rechtsgültigkeit jener Belastungen. Hellwig, Rechtskraft 196 Note 17.

§ 326. Die Vorschrift macht einen Unterschied zwischen „günstigen" Urtheilen (Abs. 1) und solchen Urtheilen, die „zu Ungunsten" des Vorerben ergangen sind (Abs. 2). Hellwig, Rechtskraft 230.

Ist das Urtheil theilweise günstig, theilweise ungünstig, so wirkt bei theilbaren Rechtsverhältnissen der günstige Theil der Entscheidung für den Nacherben, der ungünstige aber nicht gegen ihn (233). Läßt sich der Urtheilsinhalt quantitativ nicht theilen, z. B. bei Klage auf Feststellung eines Vertragsverhältnisses, so kehrt sich die erzielte Feststellung auch gegen den Nacherben, insofern sie ihn hindert, zu behaupten, daß das Verhältniß einen anderen Inhalt hat, als das Urtheil besagt. Es ist nur die Alternative möglich: entweder hat der Vorerbe den ganzen Inhalt des Urtheils anzuerkennen, oder er kann sich in keiner Weise darauf berufen.

Hat der Vorerbe einen gegenüber dem Erblasser anhängig gewordenen Rechtsstreit zu Ende geführt, so wirkt das Urtheil für und gegen den Nacherben (234). Ebenso sind alle derartigen von dem Vorerben noch nicht zu Ende geführten Prozesse von dem Nacherben fortzusetzen.

Die Verfügungsbefugniß hat der Vorerbe in der Regel. Ausnahmen BGB. §§ 2113/2114 (s. Hellwig zu diesen Paragraphen). Doch tritt keine Beschränkung der Rechtskraftwirkung nach § 2113 Abs. 2 ein. Ein hierüber ergangenes Urtheil wirkt gegen den Nacherben, aber dieser ist nicht gehindert, die nachträglich eingetretene Unwirksamkeit (s. zu § 2113 Abs. 2) geltend zu machen. Hellwig, Rechtskraft 236 ff.

Die Urtheile wirken auch gegen den Nacherben, wenn er dem Vorerben die freie Verfügungsmacht bezüglich des Prozeßgegenstandes eingeräumt oder seine Zustimmung zu der Prozeßführung gegeben hat. Hellwig, Rechtskraft 239.

§ 327. 1. Derjenige, der die Wirksamkeit des Urtheils gegen den Erben behauptet, muß beweisen, daß der Testamentsvollstrecker zu der Prozeßführung legitimirt war. Hellwig, Anspruch 257.

Hellwig, Anspruch 257 will § 327 analog anwenden auf Urtheile, die zwischen dem Nachlaßpfleger und einem Dritten ergangen sind, dem Erben gegenüber, und (263) auf Urtheile, die zwischen dem Konkursverwalter und einem Dritten ergangen sind, gegenüber dem Gemeinschuldner.

2. Der Testamentsvollstrecker ist selbst Partei, nicht der von ihm verwaltete Nachlaß oder die Erben. Marwitz, Urtheil 100.

§ 328. I. Nr. 1. 1. Die in Nr. 1 erwähnten Gerichte eines Auslandsstaats sind dessen sämmtliche Gerichte. — § 328 kommt auch für das Verfahren des § 722 in Betracht. — Ein Auslandsstaat übt Gegenseitigkeit im Sinne des § 328, wenn er unter bestimmten Voraussetzungen die rechtskräftigen bürgerlich-rechtlichen Urtheile der deutschen Gerichte (im Reiche selbst) ohne Prüfung ihrer Richtigkeit solchen Entscheidungen der eigenen Gerichte der Regel nach gleichstellt, welche Staaten dies thun, welche nicht und dergleichen mehr. Francke, Buschs Z. 27 125 ff.

2. Die Nichtanerkennung des ausländischen Urtheils hat zur Folge, daß der ausländische Prozeß für einen inländischen keine Rechtshängigkeit bewirkt. RG. 49 340, JW. 01 366.

3. Es soll nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 nur darauf ankommen, ob „die Gerichte", d. h. irgend ein Gericht des Staates, in dem das Urtheil gesprochen ist, nach deutschem Rechte zuständig sind, d. h. ob zur Zeit der geltend gemachten Anerkennung in dem genannten Staate ein Gerichtsstand der deutschen Gesetze gegeben sein würde, wenn diese für den ausländischen Richter maßgebend wären. Es kann daher einem ausländischen Urtheile dann die Anerkennung nicht versagt werden, wenn sich die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts nach deutschem Rechte anderweit begründen läßt. RG. 51 136. JW. 02 271.

4. (23.) Bei der gemäß § 328 Nr. 1 erfolgenden Prüfung der Frage, ob der Gerichtsstand des § 23 für ein ausländisches Gericht begründet ist, ist davon auszugehen, daß der dort Belangte seinen Wohnsitz nur außerhalb des betreffenden fremden Staates, nicht aber außerhalb des Deutschen Reiches gehabt haben muß, da den Verhältnissen des Deutschen Reiches entsprechende Anwendung ausländischer Verhältnisse geboten ist. RG. JW. 00 590.

5. Bei Prüfung der Frage, ob auch nach deutschen Gesetzen die Zuständigkeit begründet gewesen wäre, ist der deutsche Richter nicht darauf angewiesen, bloß dasjenige Material zu berücksichtigen, das bereits im ausländischen Vorprozesse Verwerthung gefunden hat. Er darf vielmehr auch solche Thatumstände in Erwägung ziehen, die erst neuerdings vor ihnen selbst zu dem Zwecke geltend gemacht worden sind, um die Zuständigkeit des früher mit der Sache befaßten ausländischen Richters auch nach deutschem Rechte als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Dies ergiebt schon die Wortfassung des § 328, der zwar dem Urtheil eines ausländischen Gerichts die Anerkennung dann versagt, wenn die Gerichte des fremden Staates „nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig" waren, jedoch nicht die leiseste Andeutung enthält, daß, um dem Urtheil in Deutschland zur Anerkennung zu verhelfen, außerdem noch die für die Begründung des Gerichtsstandes nach hiesigem Rechte nothwendigen Thatsachen bereits im Vorverfahren vor der ausländischen Gerichtsbehörde erschöpfend dargelegt werden müßten. OLG. 5 120 (Dresden).

6. Bei der Prüfung der Zuständigkeit hat das deutsche Gericht deutsches, nicht ausländisches Recht anzuwenden, und zwar, soweit ein Eingehen auf materiellrechtliche Fragen erforderlich wird, unter Prüfung auch dieser Fragen nach deutschem Rechte. Da nun die deutschen Gerichte im Gegensatze zum österreichischen Rechte in konstanter Praxis daran festhalten, daß Bemerkungen auf den Fakturen einseitige, den anderen Theil nicht bindende Erklärungen des Verkäufers seien und einen vom gesetzlichen oder vereinbarten Erfüllungsort abweichenden nicht zu begründen vermögen, so kann die vom ausländischen Gericht auf Grund eben eines solchen Fakturenvermerkes nach seinem Rechte angenommene Zuständigkeit vom deutschen Richter nicht anerkannt und somit auch das Urtheil selbst nicht anerkannt werden. OLG. 5 122 (Celle).

II. Nr. 2. Der § 328 Nr. 2 trifft auch den Fall der Garantieklage, die nach dem ausländischen Rechte die deutsche Streitverkündung ersetzt. RG. SächsA. 11 89.

III. Nr. 4. 1. „Der Zweck" eines jeden Gesetzes ist, wörtlich verstanden, das praktische Resultat, das durch seine Anwendung erzielt werden soll. In diesem weiten Sinne kann der Begriff hier selbstredend nicht verstanden werden, denn dann würde jedes ausländische Urtheil darauf zu prüfen sein, ob die Anwendung des ausländischen Rechtes eine andere Endentscheidung zur Folge gehabt hat, als die Anwendung des deutschen Rechtes herbeigeführt haben würde. Vielmehr kann nur an einen Verstoß gegen gewisse Grundprinzipien des deutschen Rechtes gedacht werden, — welcher, das ist allerdings sehr zweifelhaft. Durch diese neue Bestimmung ist der Standpunkt der alten CPO., wonach eine materielle

Ueberprüfung des ausländischen Urtheils niemals stattzufinden hatte, preisgegeben; vielmehr ist unbedingt der Prüfung entzogen jetzt nur noch die thatsächliche Feststellung des ausländischen Richters, seine Rechtsanwendung dagegen darauf, aber auch nur darauf zu prüfen, ob dies Urtheil nicht gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoße. Diese wenig klare Bestimmung erschwert nicht nur dem deutschen Richter die Frage nach der Zulässigkeit des Vollstreckungsurtheils, sondern namentlich auch die Vollstreckung deutscher Urtheile im Auslande. Denn auch die ausländischen Gesetze stellen das Erforderniß der Reziprozität auf, welche bekanntlich immer sehr scharf geprüft wird, und durch jene weitgehende und überdies nicht klare Bestimmung schneidet Deutschland sich den Vortheil ab, daß seine Reziprozität leicht und unzweifelhaft, wie das bisher der Fall war, zu erkennen sein wird **Schultze**, Grünhuts Z. **28** 535 ff.

2. Die Anerkennung eines ausländischen Urtheils verstößt auch dann gegen die guten Sitten, wenn diesen die Grundlage oder die Art und Weise der Herbeiführung der Entscheidung zuwiderläuft. OLG. **5** 61 (Posen).

IV. Nr. 5. 1. (§§ 722, 723). Für den Erlaß des Vollstreckungsurtheils aus ausländischen Urtheilen genügt es zur Erfüllung der Erfordernisse des § 328 Anm. 5 CPO., daß die Bedingungen für den Erlaß des Vollstreckungsurtheils nach ausländischem Rechte im Wesentlichen dieselben, insbesondere nicht erheblich schwerer sind als die der CPO. Die Bestimmung des österreichischen Rechtes, wonach das Urtheil eines deutschen Gerichts in Oesterreich nur dann vollstreckt werden kann, wenn die Ladung, durch die das solchem Urtheile vorangegangene Verfahren eingeleitet ist, dem Schuldner zu eigenen Händen zugestellt war, enthält eine bedeutende Erschwerung gegenüber § 328 Nr. 2 CPO. **RG. 48** 377, JW. **01** 188.

2. In Chile ist keine Gegenseitigkeit verbürgt. **RG. 49** 340.

§ 329. Die Fassung des § 329 Abs. 1 besagt nicht, daß die mündliche Verhandlung die betr. Verfügung zum Gegenstande gehabt haben müsse, es genügt, wenn sie ohne mündliche Verhandlung nicht ergehen durfte. Somit fallen auch die Anordnungen im Sinne von § 145 unter § 329 Abs. 1. **Hübler**, Trennungsbefugniß 18.

2. Soweit nicht die Zustellung einer Ausfertigung besonders vorgeschrieben ist, genügt die Zustellung einer beglaubigten Abschrift. **RG.** JW. **00** 589, Gruchots Beitr. **45** 1121.

Dritter Titel.
Versäumnißurtheil.

Das Urtheil, das beim Ausbleiben einer Partei die gesetzlichen Folgen einer Prozeßhandlung, z. B. die Klagerücknahme ausspricht, ist ein Versäumnißurtheil, **Marwitz**, Urtheil 62.

Verhandelt eine Partei nur über einen Theil des Streitgegenstandes, so kann Versäumnißurtheil im Uebrigen gegen sie nur ergehen, wenn jener Theil einen selbständigen Anspruch betrifft, nicht aber, wenn er nur den Theil eines einheitlichen Anspruchs bildet. Derselbe 70.

§ 330. 1. Das Versäumnißurtheil gegen den Kläger ist stets ein der materiellen Rechtskraft fähiges Sachurtheil, selbst beim Mangel von Prozeßvoraussetzungen. Der Kläger muß deshalb Einspruch einlegen, wenn er seinen Anspruch erhalten und nur wegen des Mangels der Prozeßvoraussetzung abgewiesen werden will. **Marwitz**, Urtheil 64.

2. Nimmt das Gericht die totale Säumniß einer Partei an und bringt es deren Folgen zur Verwirklichung, so liegt immer (auch ohne speziellen Antrag

auf Erlaß eines Versäumnißurtheils) ein Versäumnißurtheil vor. Die Bezeichnung eines Urtheils als Versäumnißurtheil kann allein ein Urtheil nicht zum Versäumnißurtheil machen. **RG. 50** 384, JW. **02** 129.

3. Die Zustellung der Klage ist Voraussetzung für den Erlaß eines Versäumnißurtheils gegen den Kläger, und es muß das Gericht sich dieser Prozeßvoraussetzung vergewissern, ehe es das Urtheil erläßt. Die Klagezustellung kann jedoch auch auf andere Weise als durch Vorlegen der Zustellungsurkunde nachgewiesen werden. OLG. Dresden, Ann. **23** 284.

4. Der Ausländer, der den Vorschuß nicht eingezahlt hat und der in Folge dessen nach GKG. § 85 nicht verhandeln darf, ist einer nicht erschienenen Partei gleich zu achten. Es kann gegen ihn Versäumnißurtheil beantragt werden. OLG. **3** 166 (Karlsr.), Seuff. A. **55** 353 (Marienw.).

§ 331. 1. Dem Beklagten steht auch dann der Einspruch zu, wenn bei seinem Ausbleiben die Klage abgewiesen ist; denn ihm muß mit Rücksicht auf die Rechtsmittelinstanzen, insbesondere auf die Revision, die Möglichkeit gewährt werden, seine thatsächlichen Einwendungen vorzutragen. Marwitz, Urtheil 64.

2. Muß ein Amtsrichter auf den Antrag einer Partei ein Versäumnißurtheil erlassen, wenn der Gegner selbst oder der Anwalt des Gegners in einer anderen Prozeßsache gleichzeitig auf dem Gerichte thätig ist?

Die Frage wird von „einem alten Prozeßrichter" KGBl. **02** 77 ff. auf Grund analoger Anwendung des § 332 der CPO. verneint.

3. Wenn sich ein Rechtsanwalt vor Aufruf der Sache beim Richter gemeldet hat, jedoch beim Aufrufe nicht erschienen ist, so hat auf Antrag des Beklagten Versäumnißurtheil zu ergehen. In der Annahme der Meldung liegt nicht die Zusage der Verlegung des Termins auf eine spätere Stunde. KG. in DJZ. **02** 29.

§ 335. 1. Der Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils darf nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil der Inhaber der beklagten Firma nicht angegeben wird. OLG. Marienw., PosMSchr. **00** 52.

2. Ist das Erbieten zur Sicherheitsleistung zwecks vorläufiger Vollstreckbarkeit ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag im Sinne des § 335 Nr. 3 der CPO.?

3. Aberer, JW. **02** 562 verneint im Gegensatze zu einer mitgetheilten Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf, daß das Erbieten ein neuer Antrag sei. Der Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheils könne daher nicht zurückgewiesen werden.

Dagegen Kuhlenbeck ebenda: Das Erbieten sei zwar kein Antrag, aber ein thatsächliches mündliches Vorbringen.

4. Abs. 2. Die Ladung der säumigen Partei zu dem neuen Termin ist nur dann erforderlich, wenn einer der in Abs. 1 erwähnten Fälle vorliegt. OLG. Dresden, Ann. **22** 78.

§ 337. Das Gericht darf nicht mit anderen als den im § 337 angeführten Gründen durch eine Verlegung des Termins von Amtswegen das Recht der erschienenen Partei auf Erlaß eines Versäumnißurtheils vereiteln. RG. JW. **00** 470.

§§ 338 ff. 1. Der Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil ist, entgegen den Ausführungen des Reichsgerichts in einem Urtheile vom 5. Oktober 1899 (**45** 324 ff.), kein Rechtsmittel im prozeßtechnischen Sinne.

Beim Endspruch sowohl wie bei den Rechtsmitteln hat sich die Prüfung nach der Statthaftigkeit nur darauf zu beschränken, ob ein Urtheil vorliegt, welches überhaupt mit dem jeweilig eingelegten Rechtsbehelf angegriffen werden kann. Ergiebt diese und die weitere Prüfung, ob der Einspruch oder das Rechts-

mittel in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist, den Mangel eines der Erfordernisse, welche die Geltendmachung voraussetzen, so ist der Einspruch wie auch das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen.

Ist dagegen der Einspruch oder ein Rechtsmittel zulässig, so ist die Formel der Entscheidung eine verschiedene. Ist das Rechtsmittel sachlich unbegründet, so ist es zurückzuweisen. Ist dagegen ein Rechtsmittel begründet, so ist die Formel wieder je nach der Natur desselben verschieden: bei der Berufung und bei der Beschwerde ist die Entscheidung abzuändern, es sei denn, daß Zurückverweisung erfolgt, was Aufhebung zur Folge hat; bei der Revision erfolgt stets Aufhebung. Beim zulässigen Einspruch ist nach § 343 entweder das voraufgegangene Versäumnißurtheil aufrecht zu erhalten oder unter Aufhebung desselben in der Sache neu zu entscheiden. Brogsitter, R. **01** 62 ff.

2. Die Aufhebung eines in der zweiten Instanz ergangenen Versäumnißurtheils kann in der Revisionsinstanz nicht verlangt werden. **RG.** JW. **02** 252.

§§ 340. 1. Die rechtzeitige und formgerechte Einlegung des Einspruchs kann nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung festgestellt werden.

Denn falls der Einspruch nicht form- oder fristgerecht ist, muß er durch Endurtheil verworfen werden und dies setzt eine mündliche Verhandlung voraus. OLG. **2** 210 (Königsb.).

2. Nr. 3. Genügt Ladung zur mündlichen Verhandlung „über den Einspruch", ohne daß ausdrücklich auch zur mündlichen Verhandlung „über die Hauptsache" geladen wird?

Bejaht vom KG. in OLG. **5** 69 und Brogsitter, R. **02** 529.

Verneint vom OLG. Hamb. in OLG. **5** 65.

3. Das Fehlen der Terminsnote auf der zugestellten Abschrift des Einspruchs ist unschädlich, wenn der Empfänger vor dem Termin anderweit Kenntniß erlangt hat. OLG. Karlsr., BadRpr. **01** 93.

§ 342. 1. Handlungen der Partei und dementsprechende Maßnahmen des Gerichts, die unter der Voraussetzung, daß der Einspruch „zulässig", d. h. wirksam eingelegt worden ist, den Fortgang des Prozesses zu bewirken bestimmt und geeignet sind, können in der Voraussetzung, daß der Einspruch zulässig ist, auch ohne Entscheidung über die Zulässigkeit vorgenommen werden. Der Richter darf also die bereits vor Erlaß des Versäumnißurtheils beschlossene und zugleich mit der Ueberreichung des schriftlichen Nachweises der form- und fristgerechten Einlegung des Einspruchs beantragte Ladung eines Zeugen nicht mit der Begründung ablehnen, daß erst über die Zulässigkeit des Einspruchs in der mündlichen Verhandlung entschieden werden müsse. **RG.** JW. **01** 304, Gruchots Beitr. **45** 1130.

2. (303.) Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs durch Zwischenurtheil ist zwar durch § 303 gestattet, aber nicht geboten. **RG.** JW. **01** 305. Gruchots Beitr. **45** 1130.

§ 343. Wenn über eine im Konkurs angemeldete, im Prüfungstermine vom Konkursverwalter bestrittene Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung ein Wechselprozeß anhängig ist, und der Beklagte und spätere Gemeinschuldner noch vor der Eröffnung des Konkursverfahrens gegen ein wider ihn ergangenes Versäumnißurtheil Einspruch eingelegt hat, so hat nicht der Gläubiger die Feststellung seiner Forderung nach § 146 Abs. 2 KO., sondern der Verwalter seinen Widerspruch zu verfolgen. Das Versäumnißurtheil, das gemäß § 343 nicht schon durch die Einspruchseinlegung, sondern erst durch ein aufhebendes Urtheil beseitigt wird, überhebt den Gläubiger der Nothwendigkeit, die Feststellung der Forderung zu betreiben. **RG.** **50** 412 ff.

§ 344. 1. Das Versäumnißurtheil ist nicht in gesetzlicher Weise ergangen, wenn der Klagantrag durch die angeführten Thatsachen nicht gestützt wurde. Seuff. A. **56** 208 (Rostock).

2. Zu den Kosten des Versäumnißurtheils gehören nur die Kosten, die unmittelbar durch das Ausbleiben der Partei im Verhandlungstermin erwachsen sind, nicht auch die Kosten für die Vollstreckung des Urtheils. OLG. Karlsr., BadRpr. **01** 180. Dagegen: LG. Halle, Naumb. AZ. **00** 93.

§ 345. Gegen ein zweites Versäumnißurtheil findet der Einspruch dann statt, wenn auf den Einspruch gegen das erste Versäumnißurtheil mündlich zur Sache verhandelt worden ist und erst im weiteren Verlaufe des Verfahrens der Fall der Säumniß wieder eintritt. OLG. Hamb., R. **01** 209.

Vierter Titel.
Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

§§ 350 ff. Beim vorbereitenden Verfahren hat der beauftragte Richter alle Punkte mit den Parteien durchzugehen, die in den vorbereitenden Schriftsätzen niedergelegt sind. Eine Heilung des Verstoßes gemäß § 295 ist unmöglich. OLG. **3** 217 (Köln).

§ 354. Abs. 2. Die nach § 354 Abs. 2 eintretende Ausschließung wirkt nicht für die Berufungsinstanz. OLG. **3** 217 (Köln).

Fünfter Titel.
Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 355. 1. Die Vorschrift des § 355 Abs. 2 CPO. ist auch auf solche Beschwerden anwendbar, durch welche das Nichtvorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Uebertragung der Beweisaufnahme auf ein anderes Gericht geltend gemacht wird, desgleichen auch auf Beschwerden gegen solche Beschlüsse, durch welche unter Hinweis auf eine bereits über die Art der Beweisaufnahme getroffene Verfügung ein auf Anordnung einer anderen Art gerichteter Antrag abgelehnt worden ist. RG. JW. **01** 121.

2. Abs. 2 bezieht sich auch auf die im Auslande vorzunehmende Beweisaufnahme. RG. **46** 366.

§ 356. 1. Durch Nichteinhaltung der gemäß § 356 CPO. bestimmten Frist geht die Partei des Beweismittels nicht verlustig. RG. JW. **01** 304.

2. (465.) Der Umstand, daß der Schwurpflichtige im Termine zur Eidesleistung deshalb nicht erscheint, weil sein Prozeßvertreter, welchem sein Aufenthalt unbekannt war, ihm keine Nachricht von dem Termine gegeben hat, ist kein Hinderniß für das Beweisverfahren im Sinne von § 356 CPO.

Sofern § 465 eine schuldhafte Versäumniß voraussetzt, ist das Verschulden des Schwurpflichtigen darin zu finden, daß er es unterlassen hat, seinen Prozeßvertreter von seinem neuen Aufenthalt in Kenntniß zu setzen. OLG. **2** 301 (Königsb.).

§ 359. Nr. 1. Die Frage, welche Thatsachen im Streitfalle zu beweisen sind, sowie die Frage, von wem sie zu beweisen sind, sind Rechtsfragen, die nicht nach der Auffassung und Meinung der Parteien, sondern vom Richter auf dem Boden des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses zu entscheiden sind. RG. JW. **00** 57.

§ 370. 1. Bleibt in dem Verhandlungstermin, in dem eine Beweisaufnahme erfolgen soll, eine Partei aus, so ist die Erledigung des Beweisbeschlusses

nicht nothwendig; der Antrag kann vielmehr sofort im Versäumungsurtheil erlassen werden. Marwitz, Urtheil 66.

2. Vor Beendigung der Beweisaufnahme darf ein Versäumnißurtheil gegen die im Beweisaufnahmetermine nicht erschienene Partei nicht ergehen. Die Beendigung kann eintreten, ohne daß die im Beweisbeschlusse bezeichneten Beweisaufnahmen thatsächlich erfolgt sind. Das Gericht kann beschließen, von der Ausführung des Beweisbeschlusses Abstand zu nehmen, Parteien können auf weitere Beweiserhebung verzichten, es kann sich die Unmöglichkeit der Beweisaufnahme ergeben. Dagegen darf nicht von der Erledigung des Beweisbeschlusses um deswillen abgesehen werden, weil ein Zeuge in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine nicht erschienen ist. OLG. 3 330 (Hamb.).

Sechster Titel.
Beweis durch Augenschein.

§ 371. Für die Pflicht zur Vorlegung von Augenscheinsobjekten, die sich in den Händen des Gegners befinden, ist das bürgerliche Recht (BGB. § 809) maßgebend. Für dessen Anwendung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. das vorzulegende Objekt ist Gegenstand des Klaganspruchs: dann kann der Kläger die Vorlegung verlangen, wenn er seinen Anspruch glaubhaft macht;
2. oder es ist kausal für den Anspruch oder für die Entscheidung über den Anspruch: dann gilt der aus § 242 BGB. abzuleitende Satz: Wird auf Grund eines unter den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses ein Anspruch geltend gemacht, der von der streitigen Beschaffenheit eines im Besitze des Beweisgegners befindlichen Gegenstandes abhängt, so ist dieser Gegenstand gemeinschaftliches Beweismittel und vorzulegen, sofern es ohne Schaden oder Verletzung der Sittlichkeit geschehen kann. Im Uebrigen besteht keine Vorlegungspflicht.

Der Streit über die Vorlegungspflicht ist als Zwischenstreit, nicht durch besondere Klage zu erledigen. Hierbei wird der Besitz des Objekts nach den allgemeinen Beweisregeln bewiesen; auf einen Editionseid (wie beim Urkundenbeweis im § 426) ist der Beweis nicht beschränkt. Heldmann, Buschs Z. **26** 407 ff.

Siebenter Titel.
Zeugenbeweis.

1. Allgemeines über den Zeugenbeweis.

§ 373. a) Die Verwendung von in einem anderen Prozeß abgegebenen Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises als einer Erkenntnißquelle für die Entscheidung ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht zu beanstanden. Immerhin aber darf sowohl in der Prüfung der Beweisanträge als auch in der Würdigung der Beweiserhebung der Unterschied des Urkundenbeweises vom Zeugenbeweise nicht verkannt werden. Der persönliche Eindruck des Zeugen, die Anwesenheit der Parteien, das ihnen eingeräumte Fragerecht (§ 397) sowie die Möglichkeit und Zulässigkeit der Gegenüberstellung der Zeugen bieten eine Gewähr für die Ermittelung der Wahrheit, die dem Vortrag im Protokolle niedergelegter Zeugenaussagen, also dem Urkundenbeweis, auch dann mangelt, wenn in einem früheren Prozesse die Vernehmung in Anwesenheit derselben Parteien über denselben Gegenstand stattgefunden. Gerade in dem neuen Prozesse kann unter möglicherweise veränderten Umständen, neuen Informationen und Erfahrungen ein berechtigtes Interesse bestehen, in diesem Prozesse die Wir-

kungen der dem Zeugenbeweis eigenthümlichen Gewähr zu erproben. Wenn in Gruch. Beitr. **30** 160 ausgeführt wird, der Richter sei befugt, bei Prüfung der Erheblichkeit des neu angetretenen Beweises das bisherige Beweisverhältniß in Betracht zu ziehen und, wenn er durch die im Wege des Urkundenbeweises reproduzirte eidliche Aussage desselben Zeugen das Gegentheil von dem, was dieser bekunden solle, bereits als erwiesen angenommen habe, die erneute Vernehmung abzulehnen, ganz ebenso als wenn der Zeuge seine erste Aussage im gegenwärtigen Prozeß abgegeben hätte und seine wiederholte Vernehmung beantragt worden wäre, so mag ja nach freier Würdigung der Beweisanerbieten die gleiche Behandlung wie gegenüber dem Antrag auf wiederholte Vernehmung eines in diesem Prozesse vernommenen Zeugen gerechtfertigt sein. Die Verschiedenheit des Zeugen- und Urkundenbeweises verbietet aber die unbedingte Gleichstellung in dem Sinne, daß der gegenüber dem Antritt eines Urkundenbeweises gestellte Antrag auf Vernehmung des in einem anderen Prozesse vernommenen Zeugen als Antrag auf „wiederholte Vernehmung eines Zeugen" im Sinne des § 398 CPO. erschiene, und die Entscheidung hierüber gemäß des Abs. 1 daselbst sonach lediglich in das Ermessen des Prozeßgerichts gestellt wäre. Es hat eben kein mit den Garantien des Zeugenbeweises (§§ 397, 396 Abs. 2) ausgestatteter Vernehmungsakt in diesem Prozesse stattgefunden. Der Antrag, einen in einem anderen Prozesse vernommenen Zeugen in diesem Prozeß als Zeugen zu vernehmen, erscheint demnach als Antretung des Zeugenbeweises im Sinne des § 373 CPO. und ist als solche zu prüfen und zu würdigen. **RG. 46** 410; JW. **02** 588 (zu § 259).

b) Ebenso **RG.** SächsA. **11** 599: Die Ansicht, die Benutzung von Protokollen über die in einem anderen Prozeß erstatteten Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises sei nur dann zulässig, wenn die betreffenden Personen in dem schwebenden Verfahren nicht vernommen werden könnten, ist schon im Hinblick auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung unbegründet. Es ist aber die Verwerthung derartiger Zeugenaussagen als Urkundenbeweis auf Antrag der beweispflichtigen Partei nur unter der Voraussetzung zulässig, daß von der Gegenpartei ein Antrag auf Vernehmung der Zeugen nicht gestellt wird.

c) Ein „Urtheilen" läßt sich weder aus dem Gegenstand einer Zeugenaussage, noch aus dem einer Eidesleistung völlig und unter allen Umständen ausschließen. Es muß jedoch die Beweisthatsache in der Weise aufgestellt werden, daß aus ihr ersichtlich wird, ob sie auf bestimmten Wahrnehmungen beruhe, oder sich als eine Schlußfolgerung aus nicht kontrollirbaren Thatsachen darstelle. Dies zu ermitteln, ist nicht Aufgabe des den Beweis aufnehmenden Richters, da er keine inquisitorische Thätigkeit zu entfalten hat. Die Beweiserhebung soll nicht erst zur Sammlung von Beweismaterial dienen. **RG.** Seuff. A. **57** 211, JW. **02** 167.

d) Es genügt jedoch die Angabe der Thatsachen, die der Zeuge bekunden soll; der Grund, auf dem die Wissenschaft des Zeugen beruht, braucht nicht angegeben zu werden. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1124.

e) Auch innere Thatsachen, z. B. das Bestehen einer Absicht einer Person, können den Gegenstand des Zeugenbeweises bilden. **RG.** JW. **01** 36.

2. Zeugnißfähigkeit.

a) In Literatur und Praxis ist feststehende Regel, daß weder die Partei selbst noch ihr gesetzlicher Vertreter als Zeuge vernommen werden können. Steht die Vertretung einer Kollegialbehörde derart zu, daß sie nur gemeinsam handeln kann, so ist keines der Mitglieder zeugnißfähig. **RG. 46** 318, Seuff. A. **55** 354.

b) Im Prozeß einer offenen Handelsgesellschaft können die Gesellschafter,

da sie selbst Partei sind, nicht als Zeugen vernommen werden, auch wenn sie nicht Vertreter oder im Falle der Liquidation Liquidatoren sind. Seuff. A. **56** 231 (Braunschw.).

c) Dagegen kann der aus einer prozeßführenden offenen Handelsgesellschaft im Laufe des Prozesses ausgeschiedene Gesellschafter als Zeuge vernommen werden, falls die Gesellschaft als solche fortbesteht. Jedoch ist § 393 Abs. 1 Nr. 4 anzuwenden. **RG. 49** 425.

d) Der „stellvertretende Direktor" einer verklagten Aktiengesellschaft kann nicht als Zeuge vernommen werden, wenn er nach dem Statute für den in Frage stehenden Vorgang als gesetzlicher Vertreter anzusehen ist, gleichviel ob er in aller und jeder Beziehung als gesetzlicher Vertreter anzusehen ist. **RG.** JW. **00** 622.

e) Die Mitglieder des Vorstandes einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung können in einem Prozesse der Gesellschaft nicht als Zeuge vernommen werden, da sie gesetzliche Vertreter sind. **RG.** R. **02** 463 Nr. 2166.

f) Der vertretungsberechtigte Prokurist einer Aktiengesellschaft im Sinne von § 233 Abs. 2 HGB. kann trotz dieses Vertretungsverhältnisses, da er nicht gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft ist, in Prozessen seiner Gesellschaft als Zeuge vernommen werden. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Prokurist im einzelnen Falle die Prozeßvollmacht mit unterzeichnet haben sollte. Bondi, SächsA. **12** 12.

g) In einem Rechtsstreite gegen den Testamentsvollstrecker ist nur er selbst, nicht dagegen der Erbe Partei und dieser kann daher als Zeuge vernommen werden. OLG. **4** 122 (Hamburg).

§ 376. Oeffentliche Beamte sind die Vorsteher der Korporation der Kaufmannschaft Stettin. **RG.** JW. **02** 167 (zu § 383).

§ 380. Rechtshülfe gegenüber dem Auslande. Delius, Buschs Z. **28** 72 bespricht den „Zeugnißzwang bei Vernehmungen auf Ersuchen außerdeutscher Gerichte in Civilsachen". Aus der Verpflichtung der inländischen Gerichte zur Leistung der Rechtshülfe gegenüber dem Auslande (die übrigens nicht aus den §§ 159 ff. GVG. hergeleitet werden darf; vgl. aber Artt. 5 ff. des Uebereinkommens vom 14. Nov. 1896; RGBl. **99** 285) folgt noch nichts für die Entscheidung der Frage, ob gegen den das Zeugniß Weigernden ein Zwang stattfinden darf. Für deutsche Reichsangehörige (nicht auch für Ausländer) enthält § 225[6] Th. I Tit. 10 der Allg. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten v. 7. Juli 1793 (aufrechterhalten durch § 14 EG. z. CPO.) die erforderliche Rechtsnorm. Diese Bestimmung gilt auch für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dagegen nicht für die neuerworbenen preußischen Provinzen. An Stelle der §§ 180 ff. a. a. O. sind jetzt die §§ 380, 390 CPO. anwendbar. Die Beschwerde des Zeugen geht an das übergeordnete Landgericht.

§ 381. Das Ausbleiben des Zeugen gilt als genügend entschuldigt, wenn er auf die Anzeige, daß er zum Termine nicht erscheinen könne, keine Antwort erhält. Seuff. A. **56** 33 (RG.)

§ 383. 1. Zeugnißverweigerung im Allgemeinen.

a) Hat ein zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigter vor dem beauftragten Richter ausgesagt und verweigert er bei nochmaliger Vernehmung vor dem Kollegialgericht unter Berufung auf die sein Zeugnißverweigerungsrecht begründenden Thatsachen sein Zeugniß, so ist mangels einer Gesetzesbestimmung über Verwirkung des Zeugnißverweigerungsrechts durch nicht rechtzeitige Geltendmachung die Weigerung gerechtfertigt. **RG.** JW. **01** 251.

b) Die Feststellung des Rechtes der Zeugnißverweigerung berechtigt den Zeugen zur Verweigerung jeder weiteren Auskunft auch über das Motiv der Weigerung. **RG.** JW. **01** 58.

c) Die im öffentlichen Rechte wurzelnde Zeugnißpflicht kann durch private Abmachungen nicht berührt werden, und es kann ein Zeuge sich nicht unter Berufung darauf, daß er einem Dritten durch ehrenwörtliches Versprechen Schweigen angelobt habe, sich seiner Verpflichtung zum Zeugniß entziehen. OLG. **5** 69 (Dresden).

2. Nr. 3. Hierher gehört auch die uneheliche Mutter im Alimentationsprozesse. Die Bestimmung im § 385 Nr. 3 greift nicht Platz. Maaßen, R. **02** 369; ebenso LG. München, CBlFrG. **I** 516.

3. Nr. 4. Ein katholischer Geistlicher ist zur Verweigerung des Zeugnisses über den Empfang von Spenden durch ihn und durch Amtsvorgänger berechtigt. Der Wortsinn des „Anvertrauens" schließt die Einbeziehung der Hingabe von Sachen in den Begriff des Anvertrauten nicht aus. Erfolgt die Hingabe von Geld an den Geistlichen als Seelsorger und zu seelsorgerischen Zwecken, so muß sie mindestens mit der Erklärung verbunden sein, daß das Geld dem Geistlichen nicht als Privatperson, sondern für seelsorgerische Zwecke oder für die Kirche gegeben werde. Müßte der Geistliche über die Hingabe sich äußern, so wäre er genöthigt, vertrauliche Mittheilungen bekannt zu geben, die ihm bei Ausübung der Seelsorge gemacht sind. Seuff. A. **57** 474 (Zweibrücken).

4. Nr. 5. a) „anvertraut".

α. Der Ausdruck „anvertraut" muß im weiteren Sinne verstanden werden. Er erstreckt sich namentlich auch auf das, was die im § 383 Ziff. 5 gemeinten Personen innerhalb ihres Berufs im Verkehre mit den ihnen Vertrauen schenkenden Personen wahrgenommen und was sie selbst den letzteren mitgetheilt und erklärt haben. **RG.** JW. **01** 719; Gruchots Beitr. **46** 1082.

β. Nicht erforderlich ist, daß der Beamte durch eine Mittheilung des Geschäftsinhabers Kenntniß von der Thatsache erhalten hat, vielmehr genügt es, daß er überhaupt vermöge der ihm anvertrauten Stellung mit derselben bekannt geworden ist. **RG.** JW. **02** 21.

b) Zeugnißverweigerungsrecht der Rechtsanwälte.

α. Ist eine Vertrauensperson (Rechtsanwalt) von beiden Personen zur Verhandlung hinzugezogen, so steht ihm bezüglich dieser Verhandlungen das Zeugnißverweigerungsrecht zu. **RG. 50** 353, JW. **02** 20.

β. Ein Rechtsanwalt ist nicht berechtigt, sein Zeugniß über die Frage zu verweigern, ob er von seiner Partei ermächtigt gewesen sei, ein Schreiben, das ein Zahlungsversprechen enthielt, an die Gegenpartei zu richten. Denn die hier in Rede stehende Thatsache ist ihm nicht anvertraut, sondern er kennt sie aus eigener Wahrnehmung. Auch wird die Thatsache dadurch, daß die Gegenpartei daraus einen Beweis für ihre Behauptung schöpfen kann, nicht eine solche, deren Geheimhaltung durch ihre Natur geboten ist. OLG. **2** 11 (Stettin).

γ. Das Zeugnißverweigerungsrecht des Rechtsanwalts bezieht sich nicht auf die Frage nach dem Erlaß und dem Eintritte der Rechtskraft eines Urtheils in einem Vorprozesse, denn es kann von einer der Natur der Sache nach zur Geheimhaltung bestimmten Thatsache oder von einem anvertrauten Privatgeheimnisse im Sinne des § 300 StrGB. schon deswegen nicht die Rede sein, weil das Urtheil in öffentlicher Sitzung verkündet sein müßte. OLG. **5** 69 (KG.).

c) Andere Fälle:

α. Der Bankier ist zur Zeugnißverweigerung über solche Thatsachen berechtigt, die ihm kraft seines Gewerbes von Kunden anvertraut sind. Bayr. ObLG. **1** 290.

β. Ein einzelnes Mitglied eines Kollegiums (Vorsteher der Korporation der Kaufmannschaft), das dem Gericht ein Gutachten erstattet hat, darf nicht wider seinen Willen als Zeuge über Vorgänge vernommen werden, die sich innerhalb des Gebiets der geschäftlichen Thätigkeit des Kollegiums zugetragen und die Anstellung von Ermittelungen zur Feststellung der Unterlagen für das zu erstattende Gutachten zum Gegenstande gehabt haben. Jedes Mitglied befindet sich, soweit es sich um die zur Vorbereitung des Gutachtens für nothwendig oder zweckmäßig erachteten Maßregeln handelt, dem Kollegium als Ganzen gegenüber in einer Vertrauensstellung. **RG.** JW. **02** 168.

γ. Das Recht der Zeugnißverweigerung aus § 383 Nr. 5 steht auch Privatbeamten zu. SächsOLG. **22** 82.

§ 384. 1. Nr. 2. a) Die Bestimmung erfordert zu ihrer Anwendung nicht, daß die Beantwortung der betreffenden Frage ohne Weiteres und mit Bestimmtheit auch die wirkliche Bestrafung des Zeugen nach sich ziehen würde, vielmehr genügt die Gefahr, daß der Zeuge sich durch die Beantwortung der Frage in dem einen oder dem anderen Sinne einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetze. **RG.** JW. **02** 168.

b) Der Zeuge kann das Zeugniß auch dann verweigern, wenn er erklärt, daß er die Frage, deren Bejahung ihm zur Unehre gereichen würde, verneinen könne. OLG. **1** 448 (Celle).

c) Ein gemäß § 384 Ziff. 2 Zeugnißverweigerungsberechtigter darf nach freiwilliger Zeugnißablegung noch immer seine Beeidigung ablehnen. Denn am Eingange des § 390 ist von der Verweigerung des Zeugnisses oder der Eidesleistung die Rede. Der Richter darf die so unbeeidigt gebliebene Aussage gemäß § 286 für seine Ueberzeugung mit in Betracht ziehen. **RG.** JW. **01** 399.

2. Nr. 3. a) Das Recht zur Verschwiegenheit über Kunst- und Gewerbegeheimnisse schützt nur Geheimnisse der gewerblichen Produktion, nicht schlechthin jede geschäftliche Beziehung, die zwischen dem Zeugen und dritten Personen besteht und die der eine oder andere Theil aus irgend einem Grunde geheim gehalten wissen möchte. OLG. **5** 70 (Dresden).

Dagegen:

b) Das Gesetz schützt nicht bloß eigene Kunst- und Gewerbegeheimnisse des Zeugen, sondern auch die dritter Personen, denen gegenüber dem Zeugen die Pflicht der Geheimhaltung obliegt. Es bezieht sich nicht bloß auf die Geheimnisse der Produktion, sondern auch auf solche anderer Art, z. B. auf den Inhalt von Preiskartellen. Da weder die CPO. noch andere Gesetze eine Begriffsbestimmung enthalten, ist der gewöhnliche, hier besonders der kaufmännische Sprachgebrauch des Gewerbe- oder Betriebsgeheimnisses in Betracht zu ziehen. Zu den Eigenthümlichkeiten eines industriellen oder kaufmännischen Unternehmens, an deren Geheimhaltung ein begründetes geschäftliches Interesse bestehe und die nach dem Willen des Unternehmers geheim gehalten werden, gehören nicht allein die Absatzgebiete, sondern auch die Bezugsquellen. DJZ. **02** 32 (Darmst.).

c) Der § 384 Nr. 3 berechtigt den Inhaber einer Auskunftei zu Verweigerung der Namhaftmachung seiner Gewährsleute. Das Gewerbe der Auskunfteien ruht auf der Verschwiegenheit, die ihre Inhaber und deren Hülfsarbeiter denen schuldig sind, denen sie die Auskunft verdanken. Mag auch bei der Bestimmung des § 384 Nr. 3 in erster Linie an Fabrikationsgeheimnisse gedacht sein, so ist doch die Vorschrift nicht so eng gefaßt, daß sie darauf beschränkt wäre: sowohl der Wortlaut wie der gesetzgeberische Gedanke reicht weiter. Seuff. A. **57** 334 (Hamburg).

§ 385. 1. Nr. 1. Der § 385 Ziff. 1 bezieht sich nur auf zugezogene Solennitätszeugen, nicht auf zufällig bei dem Vertragsschluß Anwesende, die später als Zeugen benannt werden. **RG.** JW. **01** 251.

2. Nr. 3. a) Die Vermögensangelegenheiten müssen in dem Familienverhältniß ihre Grundlage haben. Zufällige Vorkommnisse, wie geschäftliche Handlungen, fallen nicht unter § 885 Abs. 1 Nr. 3. **RG.** JW. **02** 20.

b) Die Vorschrift des § 383 Nr. 3 beruht auf dem durch den muthmaßlichen Mangel anderer Beweismittel hervorgerufenen Bedürfnisse. Dieser Gesichtspunkt trifft zu, wenn unter Verwandten als Miterben ein Rechtsstreit über das Bestehen einer angeblichen Schuld einiger derselben aus einem vom Erblasser empfangenen Darlehen geführt wird und Vorgänge in Frage stehen, die sich nach der angeblichen Gewährung des Darlehens im engen Kreise der Familie abgespielt haben sollen. **RG.** DJZ. **02** 311.

3. Nr. 4. a) Unter „Handlungen" im Sinne des § 385 Nr. 4 ist nicht bloß die Begründung ganz neuer Rechtsverhältnisse zu verstehen, sondern Handlungen aller Art, die für das fragliche Rechtsverhältniß von Bedeutung sind.

b) Die Ehefrau, welche in der Klinik über den Umfang der ihr zu gewährenden ärztlichen Leistungen bestimmt, muß diesbezüglich als Vertreterin ihres Ehemanns im Sinne des § 385 Nr. 4 angesehen werden und ist über ihre Handlungen in dieser Richtung Zeugniß abzulegen verpflichtet. **RG. 47** 430, JW. **01** 159.

4. Abs. 2. a) Die Entbindung liegt in der Benennung über die streitigen Punkte durch die betreffende Partei. OLG. Darmstadt, DJZ. **02** 396.

b) Einen klagbaren Anspruch des einen Ehegatten gegen den anderen, daß dieser seinen Arzt von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit über eine Geschlechtskrankheit entbinde, nimmt an OLG. **3** 245 (Hamb.).

§ 386. Wenn ein im Auslande zu vernehmender Zeuge die Ablegung des Zeugnisses vor der ersuchten zuständigen Behörde des Auslandes verweigert, so hat dies den Ausfall des angestrebten Beweises ohne Weiteres zur Folge. LG. Dresden, R. **01** 146.

§ 387. In dem Zwischenstreit ist der Zeuge nicht „Beklagter". Der Zwischenstreit bildet einen Bestandtheil des Rechtsstreits, in dem die Parteirollen des Klägers und des Beklagten gegeben sind. Der Zeuge verbleibt — ebenso wie der Nebenintervenient im Falle des § 71 und der Rechtsanwalt im Falle des § 387 — in der Stellung des Zeugen. Eine Verurtheilung des Zeugen in die Kosten des Zwischenstreits darf nicht stattfinden, wie sich durch arg. e contr. aus § 390 ergiebt. Seuff. A. **57** 334 (Hamb.).

§ 389. Der Zeuge kann im Termine vor dem Prozeßgerichte sein ursprünglich maßgebendes Vorbringen näher erläutern und ausführen. **RG.** JW. **02** 21.

§ 391. 1. Jeder Zeuge ist zu beeidigen, falls er nicht zu denjenigen Personenkategorien gehört, bei denen die CPO. die unbeeidigte Vernehmung verordnet (§ 393) oder beide Parteien auf die Beeidigung ausdrücklich verzichten. **RG.** JW. **01** 399.

2. Auch dadurch wird die Nichtvereidigung nicht gerechtfertigt, daß die eventuelle gegentheilige beeidigte Aussage unglaubwürdig erscheint. Seuff. A. **55** 236 (**RG.**); anders **RG.** JW. **00** 509.

3. a) Die Nichtvereidigung muß nach § 295 in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt werden, da anderen Falles der Mangel als geheilt gilt. BayrObLG. **1** 614.

b) Es beruht dies darauf, daß, da die Parteien auf die Beeidigung eines Zeugen verzichten können, der Nichtausübung des Rügerechts die gleiche Wirkung

wie einem ausdrücklichen Verzichte beigelegt werden darf. Diese Wirkung der Nichtausübung des Rügerechts ist mithin ausgeschlossen, wenn ihr nach Lage der Sache die Bedeutung eines Verzichts nicht beigelegt werden kann. **RG.** SächsA. **10** 46.

§ 392. Gegen die Fassung der Eidesformel als sprachwidrig wendet sich Bartholomäus, DJZ. **01** 126.

§ 393. 1. Im Allgemeinen. a) Ein Rechtssatz, daß ein an sich zur Zeugnißverweigerung berechtigter Zeuge dadurch, daß er vom Rechte der Verweigerung keinen Gebrauch macht, auch des Rechtes, die Beeidigung der abgegebenen Aussage zu verweigern, verlustig gehe, besteht nicht.

b) Der Richter hat die Aussagen der im § 393 bezeichneten Zeugen frei zu würdigen, mögen sie unbeeidigt geblieben sein, weil das Gesetz die Beeidigung nicht zuläßt (§ 393 Nr. 1, 2) oder weil das Gericht ihre nachträgliche Beeidigung in den Fällen Nr. 3, 4 nicht für angemessen oder erforderlich erachtet. **RG.** JW. **01** 400.

2. Nr. 3. Die Vorschrift bezieht sich mit Rücksicht auf § 385 Nr. 4 nicht auf diejenigen das streitige Rechtsverhältniß betreffenden Handlungen des Zeugen, die von ihm selbst als Rechtsvorgänger der Partei angenommen sind und über die er daher das Zeugniß nicht verweigern darf. **RG.** JW. **00** 829.

3. Nr. 4. a) Die CPO. hat durch das Prinzip der freien Beweiswürdigung die früheren gesetzlichen Beweisregeln über Zulässigkeit und Bewerthung von Zeugenaussagen beseitigt. Eine Abweichung von dieser Regel bildet die Vorschrift, wonach grundsätzlich alle Zeugen zu beeiden sind, soweit nicht Ausnahmen positiv vorgesehen sind. Diese Ausnahmen betreffen u. A. diejenigen Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt sind (§ 393 Ziff. 4). Die Bestimmung dieser Personen ist gegenüber der Bedeutung des Eides von allergrößter Bedeutung. Aber gerade hier hat in der Rechtsprechung die Form über die Sache gesiegt und damit einen krassen Gegensatz zwischen Juristenrecht und Volksanschauung geschaffen. Dies gilt vor Allem von dem Satze, der durch die Judikatur des Reichsgerichts festgelegt ist (**RG. 8** 411 ff., **40** 376 ff.), daß der Zedent am Ausgange des Rechtsstreits nicht unmittelbar betheiligt sei. Dieser Satz ist unhaltbar, die Begründung des Reichsgerichts nicht stichhaltig (Ausführung im Einzelnen). Wie im früheren Rechte, so hat auch im heutigen der Satz Geltung, daß die unmittelbare wirthschaftliche Betheiligung am Ausgange des Rechtsstreits den Zeugen befangen erscheinen läßt. Claasen, Der prozessuale Formalismus in der Rechtsprechung, JW. **02** 327.

b) Unmittelbar beim Ausgange des Rechtsstreits betheiligt sind nur solche Personen, deren Rechtskreis oder Pflichtenkreis in unmittelbarem rechtlichen Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und durch den Ausgang des Rechtsstreits beeinflußt wird. OLG. Dresden, R. **01** 361; BayrObLG. **2** 602.

c) Unmittelbar am Ausgange des Rechtsstreits betheiligt sind:

α. der offene Handelsgesellschafter nach dem Ausscheiden aus der prozeßführenden offenen Handelsgesellschaft. **RG. 49** 425;

β. der Nebenintervenient und der, dem der Streit verkündet ist. **RG.** JW. **02** 250, Seuff. A. **57** 300;

γ. in Prozessen des Konkursverwalters, auch in Anfechtungsprozessen der Gemeinschuldner. **RG** JW. **01** 801;

δ. der Zeuge, der mit einer Partei in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt. BayrObLG., R. **02** 591.

Hierzu Landsberg, PosMschr. **98** 3: Wegen der ehelichen Gütergemeinschaft darf zwar die Beeidigung, nicht aber die Vernehmung des als Zeuge benannten Ehegatten der Prozeßpartei abgelehnt werden.

c) Nicht unmittelbar betheiligt sind die Aktionäre einer Aktiengesellschaft und die Besitzer von Antheilscheinen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie haben nur ein thatsächliches Interesse am Ausgange des Rechtsstreits. **RG. JW. 02** 394.

4. Abs. 2. a) Die im Schlußsatze des § 393 vorgesehene Befugniß, die nachträgliche Beeidigung der dort genannten Personen anzuordnen, steht nur dem Prozeßgerichte, nicht dem beauftragten Richter zu. **RG.** JW. **01** 801.

b) Ob die nachträgliche Vereidigung des Zeugen erfolgen soll, liegt ganz im freien Ermessen des Gerichts. Dieses Ermessen ist nicht derart unabänderlich, daß der Richter von dem Beschlusse, die Beeidigung vorzunehmen, nicht abgehen könnte. **RG.** JW. **02** 250.

c) Nur das Prozeßgericht, nicht der ersuchte Richter darf die Vereidigung anordnen. **RG.** JW. **01** 801.

d) Wird ein unbeeidigt zu vernehmender Zeuge vom ersuchten Richter beeidigt, so erhöht diese Beeidigung die Beweiskraft des Zeugnisses nicht. Das Prozeßgericht hat sich vielmehr die Frage vorzulegen, ob es seinerseits die nachträgliche Beeidigung des Zeugen nach § 393 Abs. 2 beschlossen haben würde und hat im Falle der Verneinung die Aussage nur in gleichem Maße wie ein uneidliches Zeugniß auf seine Ueberzeugung wirken zu lassen. **RG.** DJZ. **02** 500.

Ebenso: Ist der nach § 393 unvereidigt zu vernehmende Zeuge unzulässiger Weise vereidigt vernommen, so hat der unzulässiger Weise abgenommene Eid zunächst als nicht geleistet zu gelten. Wird jedoch die nachträgliche Beeidigung des Zeugen angeordnet, so braucht eine nochmalige Vereidigung nicht stattzufinden, vielmehr ist alsdann die Aussage als beeidigt zu berücksichtigen. Seuff. A. **56** 246 (Hamb.).

e) Der Ausdruck „Prozeßgericht" im § 393 Abs. 2 bezeichnet lediglich den Gegensatz zum beauftragten und ersuchten Richter, nicht etwa das Gericht, das die Vernehmung angeordnet hat. Daher kann auch das Berufungsgericht ohne Wiederholung der Vernehmung sofort die nachträgliche Beeidigung erstinstanzlicher Zeugen anordnen. OLG. 2 302 (Bamb.).

§ 396. a) Die dem Zeugen obliegende Informationspflicht erstreckt sich nur auf solche Ermittelungen, welche dem Streben nach gewissenhafter Erfüllung der Zeugenschaftsverpflichtung Genüge thun, nöthigt aber nicht zu schwierigen, einen außergewöhnlichen Zeitaufwand in Anspruch nehmenden Nachforschungen, welche eine über die Zeugenschaft hinausgehende Leistung darstellen würden.

b) Niemand ist lediglich wegen seiner Berufung als Zeuge verpflichtet, sich Kenntniß von Thatsachen zu verschaffen, die bis dahin niemals Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen sind. **RG. 48** 392, JW. **01** 327; OLG. **2** 303 (Hamb.); DJZ. **01** 31 (Stuttg.).

§ 397. Die Entscheidung des Prozeßgerichts über die Zulässigkeit einer dem Zeugen von dem ersuchten Richter vorgelegten Frage ist nicht selbständig anfechtbar. OLG. 2 303 (Stettin).

§ 398. 1. Abs. 1. a) Die Unterlassung der wiederholten Vernehmung eines Zeugen oder die Ablehnung des Antrags einer Partei auf eine solche Vernehmung kann nicht mit der Revision angefochten werden. **RG.** JW. **01** 328.

b) Es darf jedoch die beantragte Vernehmung eines Zeugen über Thatsachen, die erst nachträglich in Frage gekommen sind, nicht abgelehnt werden. **RG.** JW. **00** 152.

c) Der Antrag, einen in einem anderen Prozesse vernommenen Zeugen in diesem Prozeß als Zeugen zu vernehmen, ist kein Antrag auf wiederholte Vernehmung eines Zeugen im Sinne des § 398, so daß die Entscheidung lediglich in das Ermessen des Prozeßgerichts gestellt wäre. **RG. 46** 410.

2. Abs. 3. a) Die Versicherung der Richtigkeit der Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid an Stelle der nochmaligen Beeidigung im Sinne des § 398 Abs. 3 ist nur zulässig, wenn es sich um dasselbe Beweisthema handelt.

Bei Vernehmung über ein neues Beweisthema muß nochmalige Beeidigung des schon früher eidlich vernommenen Zeugen gemäß § 391 stattfinden. **RG. 48** 386, JW. **01** 327.

b) Ein „Zurückerinnern" an den geleisteten Eid von seiten des Richters ist keine Versicherung der Richtigkeit unter Berufung auf den geleisteten Eid. **RG.** JW. **02** 361.

c) Das Prozeßgericht, dessen Ermessen die Beeidigung eines Zeugen nach § 393 Abs. 2 überlassen ist, kann bei einer nachträglichen Vernehmung trotz voraufgegangener Beeidigung bei der ersten Vernehmung von der im § 398 vorgesehenen Versicherung absehen. **RG.** JW. **00** 894.

§ 400. 1. Gegen die vorläufige Entscheidung über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage auf Grund von § 400 ist gemäß § 576 die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen. Diese hat gerade so, wie wenn der Zeuge vor dem Gerichte vernommen wäre, nach mündlicher Verhandlung zu erfolgen (§ 128). Diese Entscheidung ist dann gemäß § 567e nicht mit der Beschwerde, sondern nur im Zusammenhange mit dem Endurtheil anfechtbar. OLG. **2** 303 (Stettin).

2. Der ersuchte Richter ist nicht verpflichtet, auf Verlangen des ersuchenden Gerichts Zwangsmaßregeln gegen den Zeugen zu ergreifen. Das ersuchende Gericht kann seinerseits die erforderlichen Maßregeln anordnen. PosMschr. **00** 91 (Posen). Anders:

3. Der ersuchte Richter ist zu Zwangsmaßregeln gegen die Partei, deren persönliches Erscheinen in Ehesachen angeordnet ist, verpflichtet. Der Ausdruck „ist ermächtigt" kann nicht dahin verstanden werden, daß die Ausübung der Befugnisse vom Ermessen des Richters abhängig gemacht werden soll. OLG. **2** 237 (Hamm).

§ 401. 1. Für die Ansprüche einer gerichtlich vernommenen Person an die Staatskasse kann nur der sachliche Gehalt der Vernehmung maßgebend sein, nicht aber die bloße Thatsache, ob der Vernommene in dem Beweisbeschluß als Zeuge oder als Sachverständiger bezeichnet ist, und ebensowenig, ob der Vernommene nach § 392 oder nach § 410 oder überhaupt nicht beeidigt worden ist. **RG.** JW. **02** 531.

2. Die von dem beauftragten Richter vorgenommene Festsetzung der Zeugengebühren gilt als eine Entscheidung des Prozeßgerichts, das ihn mit der Beweiserhebung beauftragt hat. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1190.

3. Die von der Partei selbst dem Zeugen und Sachverständigen gewährten Entschädigungen können nicht im Kostenfestsetzungsverfahren liquidirt werden. Seuff. A. **56** 104 (Rostock).

4. Der ohne Gerichtsbeschluß versehentlich als Zeuge Geladene hat keinen Anspruch auf Zeugengebühren gegen die Staatskasse. OLG. **3** 169 (KG.).

Achter Titel.

Beweis durch Sachverständige.

§ 402. 1. Partei und Sachverständige stehen in einem Dienstvertragsverhältnisse zu einander. Auf Grund der Bestimmungen über den Dienstvertrag haftet der Sachverständige für schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflicht. Auch der öffentlich bestellte Sachverständige haftet allein für fahrlässig unrichtig

ertheilte Gutachten und Schätzungen. Schneickert, Die civilrechtliche Haftpflicht der Sachverständigen, JW. **02** 333 ff.

2. Der Sachverständige kann den Richter vertreten. Nur Sachverständigen-, Zeugen- und Parteien-Aussagen darf er nicht an Stelle des Richters entgegennehmen, deshalb nicht, weil ihm die nöthige Uebung fehlt, um die menschlichen, meist mehr oder weniger beeinflußten Aussagen mit Sicherheit richtig aufzufassen und wiederzugeben. Levis, Die Entmündigung Geisteskranker 249 ff.

§ 403. Werden die zu begutachtenden Gegenstände nicht vorgelegt, so ist der Antrag auf Erhebung des Sachverständigenbeweises als unausführbar zurückzuweisen. Die einmalige Verhinderung des Sachverständigen an der Vornahme der Besichtigung ist noch nicht unbedingt ein Verzicht auf den Beweis. **RG. 46** 369, JW. **00** 470.

§ 404. Abs. 2. Eine Beschwerde gegen den Beschluß, durch den nicht die öffentlich bestellte Person, sondern eine andere zum Sachverständigen ernannt worden ist, ist unzulässig, da dem Beschluß eine mündliche Verhandlung vorausgeht. **RG.** JW. **00** 590; OLG. Dresden, SächsA. **11** 754.

§ 406. 1. Ueber die Frage, ob ein Sachverständiger deswegen abgelehnt werden könne, weil er in der Sache bereits ein Gutachten erstattet habe, vgl.:

a) **RG.** Seuff. A. **57** 337: Es hängt von der Prüfung der konkreten Umstände im Einzelfall ab, ob in der Ertheilung eines früheren Rathes oder Gutachtens, selbst wenn dies gegen Entgelt geschehen sein sollte, ein Grund zur Rechtfertigung eines Mißtrauens gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu finden ist.

b) Die Abgabe eines Gutachtens in der früheren Instanz begründet die Ablehnung nicht. OLG. Frankfurt, FrankfRdsch. **36** 40; OLG. Karlsr., Bad. Rpr. **01** 30.

2. Hat ein Sachverständiger schon drei Prozesse gegen die Partei geführt, so ist die Besorgniß der Befangenheit gerechtfertigt. OLG. Karlsr. BadRpr. **02** 244.

3. Die Ablehnung eines Sachverständigen gemäß § 406 ist nach erfolgter Vernehmung bzw. Einreichung des Gutachtens nicht mehr zulässig, es sei denn, daß der Ablehnungsgrund früher nicht geltend gemacht werden konnte. **RG.** JW. **01** 59; OLG. **5** 71 (Breslau).

§ 407. 1. Auch wer im Verkehrsleben als Gewerbetreibender im Dienste eines Anderen auftritt, kann als Sachverständiger ernannt werden. **RG. 50** 392, JW. **02** 169.

2. Der zur Abgabe eines Gutachtens nach § 407 verpflichtete Sachverständige kann die Abgabe nicht von der Zusicherung bestimmter Gebühren abhängig machen. OLG. **2** 273 (KG.).

§ 409 Abs. 2. Gegen die vom ersuchten Amtsgericht einem Sachverständigen wegen Nichterscheinens im Beweiserhebungstermine zuerkannte Ordnungsstrafe findet nicht Beschwerde an das vorgesetzte Landgericht, sondern nur Gegenvorstellung an das Prozeßgericht statt. OLG. **1** 241 (Bamberg).

§ 410. Der Sachverständigeneid deckt in der Regel auch die Angaben des Sachverständigen, daß er die zur Begutachtung gestellten Proben in der von ihm bezeichneten Weise entnommen habe. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 999.

§ 412. Werden dem Gericht Umstände bekannt, die auf die Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit des Sachverständigen von maßgebendem Einflusse sind, so kann das Gericht sie von Amtswegen zur Sprache bringen und nach Gehör der Parteien verwerthen. **RG.** JW. **00** 152.

Neunter Titel.

Beweis durch Urkunden.

§ 415. 1. Brunner, Zeitschr. f. d. Not. u. d. freiw. Ger. in Bayern, N. F. **3** 106 sucht nachzuweisen, daß schon nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung die im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgenommenen Urkunden geeignet sind, hinsichtlich der in ihnen enthaltenen Persönlichkeitsfeststellung vollen Beweis zu begründen (§§ 415, 418). Eine Ergänzung durch die Landesgesetzgebung erscheint nicht nothwendig.

2. Abs. 2. a) Unrichtige Beurkundung liegt auch vor, wenn das Protokoll die Beurkundung enthält, daß die Verhandlung vor der Unterschrift genehmigt ist, falls die Genehmigung zwar ertheilt ist, die Erklärung, auf welche sie bezogen, aber gar nicht abgegeben und der diese Erklärung enthaltene Theil der Verhandlung beim Verlesen überhört worden ist.

b) Der Abs. 2 des § 415 läßt, abweichend von den Grundsätzen anderer Prozeßgesetze, den Beweis, daß der Vorgang in der öffentlichen Urkunde unrichtig beurkundet worden sei, ohne Beschränkung zu, und dem richterlichen Ermessen sind bezüglich der Beweiswürdigung in dieser Beziehung keine anderen Schranken gesetzt, als sich aus § 286 ergeben. **RG. 50** 420, JW. **02** 216.

§ 416. Die Einrede der Simulation der in der Urkunde abgegebenen Erklärung ist zulässig. OLG. **1** 12 (Rost.).

§ 419. 1. Gegenüber der äußerlich mangellosen Wechselurkunde hat der auf Wechselzahlung in Anspruch genommene Wechselzeichner den Beweis zu führen, daß die Wechselurkunde zur Zeit seiner Zeichnung anders (z. B. auf eine niedrigere Summe) gelautet habe, als sie jetzt lautet. **RG. 47** 66, JW. **00** 854.

2. Ueber die Beweiskraft einer alsbald nach Vertragsschluß zerrissenen Urkunde vgl. **RG. 02** 128.

§§ 420 ff. Bestreitet der Gegner den Besitz der Urkunde, so ist der im § 426 vorgeschriebene Eid das einzige Beweismittel hinsichtlich des Besitzes der Urkunde, ein Beweis durch Zeugen ist bei der zwingenden Vorschrift der CPO. nicht zulässig. — Voraussetzung für den Beweis durch Urkunden ist die Errichtung einer Urkunde und man müßte streng genommen den Beweis durch Urkunden erst für zulässig erklären, wenn die (bestrittene) Errichtung der Urkunde nachgewiesen ist. Dieser Beweis erübrigt sich jedoch aus praktischen Gründen. Ist der Beweisführer im Besitze der Urkunde, so ist der Beweis ihrer Errichtung zugleich durch ihre Vorlegung geführt. Behauptet er aber, daß der Gegner im Besitze der Urkunde ist, so bietet er durch den Antrag auf Vorlegung zugleich den Beweis der Errichtung an. Verweigert der Gegner den Editionseid, so ist der Beweis der Errichtung nach Maßgabe des § 427 geführt.

Der Gegner kann aber auch, wenn er die Errichtung der Urkunde bestreitet — z. B. leugnet, daß eine schriftliche Kündigung erfolgt sei —, gegenüber dem Antrag auf Vorlegung auf andere Weise, z. B. Eideszuschiebung, den Nachweis führen, daß eine schriftliche Kündigung nicht erfolgt sei. Die Ansicht, daß ein solcher Nachweis gegenüber dem Antrag aus § 421 nicht zulässig sei, findet im Gesetze keine Begründung. Der Gegner kann also den Editionseid dadurch abwenden, daß er dem Beweisführer den Eid darüber zuschiebt, daß dieser niemals schriftlich gekündigt habe. Bischofswerder, JW. **02** 539.

§ 427 Satz 1. Diese Vermuthung ist eine „beschränkt widerlegliche", nämlich entkräftbar nur durch Vorlegung des Originals. Langheineken, Urtheilsanspruch 76 Anm. 3.

Die einmal verweigerte Eidesleistung kann weder in derselben Instanz noch in einer höheren Instanz nachgeholt werden. OLG. Dresden, SächsA. **11** 639.

§ 432. Es ist zulässig, die in einem anderen Prozeß abgegebenen und protokollirten Aussagen als Urkundenbeweis zu verwerthen, wenn die beweispflichtige Partei einen solchen Beweis angetreten und von der Gegenpartei ein Antrag auf nochmalige Vernehmung nicht gestellt worden ist. **RG.** JW. **00** 292, 648.

§ 435. Die Beglaubigung zum Zwecke der Zustellung durch einen Rechtsanwalt oder Gerichtsvollzieher genügt. Friedrichs, R. **02** 147.

§ 438. Für die freiwillige Gerichtsbarkeit gilt § 438 nicht, sondern § 2 G. v. 1. 5. 1878. OLG. **1** 412 (KG.).

§ 440 Abs. 2. Ist die Echtheit der Wechselunterschrift des Ausstellers oder Indossanten festgestellt, so hat der Wechseltext (auch gegenüber dem Indossanten, da das Indossament auf den Inhalt der Hauptwechselerklärung verweist und ihn in sich aufnimmt) die Vermuthung der Echtheit für sich. Demgemäß hat der Wechselzeichner für seine etwaige Behauptung, daß der Wechseltext seit seiner Zeichnung geändert ist, die Beweislast. **RG.** **47** 66.

Zehnter Titel.

Beweis durch Eid.

§ 445. 1. Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig.

a) Sie ist somit unzulässig über Rechtsbegriffe und Urtheile, z. B. über den Begriff der Drohung. **RG.** JW. **01** 574.

b) Es können jedoch gemeinverständliche Rechtsbegriffe, wie Kauf, Darlehen u. s. w., Gegenstand der Eideszuschiebung sein, sofern der Begriff für die Betheiligten verständlich ist. OLG. Darmstadt, HessRspr. **2** 57.

c) Daher kann auch der Ausdruck „zum Schein abschließen" in den Eid aufgenommen werden, da er so allgemein bekannt und Jedermann geläufig ist, das auch bei der scheinpflichtigen Partei ohne Weiteres das volle Verständniß hierfür vorausgesetzt werden kann. **RG.** JW. **02** 421.

d) Ueber die bei einem Vertrag obwaltende Absicht der Parteien kann der Eid nicht zugeschoben werden. Man kann nicht über die Absicht eines Anderen einen Eid leisten. **RG.** JW. **00** 311; 342.

e) Eine Eideszuschiebung, die die „Uebergabe" von Sachen zum Gegenstande hat, ist unzulässig. Sie muß die einzelnen Thatsachen angeben, aus denen die Uebergabe gefolgert wird. **RG.** JW. **01** 751.

f) Im Anfechtungsprozesse kann dem Gläubiger der Eid darüber zugeschoben werden, daß er beim Empfange der angefochtenen Leistungen keine Kenntniß davon gehabt habe, daß der Gemeinschuldner wegen Unvermögens aufgehört habe, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Wenn auch die „Zahlungseinstellung" nicht schlechthin eine Thatsache, sondern zugleich ein Rechtsbegriff ist, so steht doch der Aufnahme eines derartigen Rechtsbegriffs in die Eidesformel nichts entgegen, sofern nur bei dem Schwurpflichtigen seine Kenntniß vorausgesetzt werden darf. **RG.** SächsA. **12** 493.

g) Unzulässig ist die Eideszuschiebung über die Unredlichkeit des Ausstellers eines Wechsels gegenüber dem späteren Erwerber desselben. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1087.

h) Der Nachweis der gerichtlichen Insinuation der Schenkung kann durch Eideszuschiebung geführt werden. **RG.** **50** 424.

i) Eine Eideszuschiebung gilt als über eine bestimmte Thatsache im Sinne des § 451 erfolgt und ist daher zulässig, wenn dem Schwörenden eine individuell begrenzte Kategorie von Frauenspersonen, mit denen sein eheörecherischer Verkehr stattgefunden haben soll, in der Eidesnorm derart bezeichnet ist, daß der Eides-

pflichtige über deren Identität und über seinen Verkehr mit ihnen nicht im Irrthume sein kann. **RG.** JW. **01** 400.

k) Strauß, DJZ. **02** 173 bejaht die Frage, ob der unehelichen Mutter zum Beweise der exc. plurium concumbentium der Eid allgemein in der Form zugeschoben werden könne, „daß kein Anderer als der Beklagte ihr innerhalb der Empfängnißzeit beigewohnt habe.“ Eine Benennung des Dritten ist nach ihm nicht erforderlich.

Dagegen Keidel, R. **02** 481: Gegenstand der Eideszuschiebung kann nur ein konkreter, von anderen ähnlichen oder gleichartigen Vorfällen zu unterscheidender Vorgang sein. Die Eideszuschiebung in der allgemeinen Fassung ist sonach nur zulässig, wenn der Beklagte einen bestimmten Beischlafsvollzug bei seiner Vertheidigung im Auge hat. Bloße Vermuthungen können nicht Gegenstand der Beweisführung durch Eideszuschiebung sein. Zu weit ginge es, wenn man die namentliche Benennung des weiteren Beischläfers oder überhaupt nur eine nähere Bezeichnung desselben verlangen wollte. Der Eid ist zulässig, sobald aus dem Einwande des Beklagten ersichtlich ist, daß er einen bestimmten einzelnen Vorgang im Auge hat.

l) Auch über hypothetische Thatsachen, insbesondere die Frage, wie der Zeuge in einem bestimmten nicht eingetretenen Falle gehandelt haben würde, ist ein Zeugenbeweis zulässig. OLG. Braunsch., R. **02** 591.

2. **Das RG.** hält an seiner früheren Ansicht fest, daß die Eideszuschiebung über das Wissen einer Thatsache, die in Ansehung des Schwörenden als eine fremde gilt, nur unter der Voraussetzung zulässig ist, daß diese Thatsache zugestanden oder anderweit festgestellt ist. JW. **00** 527; **01** 305.

Dagegen Weigelin, R. **02** 15: Ficht der Konkursverwalter eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners an, indem er behauptet, daß zur Zeit ihrer Vornahme der Gemeinschuldner seine Zahlungen bereits eingestellt und der Beklagte dies gewußt habe, so kann er auch ohne zuvorigen Beweis der Zahlungseinstellung den Eid über die Kenntniß zuschieben. Verweigert der Beklagte die Eidesleistung, so ist außer der Kenntniß damit auch bewiesen, daß die Zahlungseinstellung damals wirklich schon erfolgt war. Denn die Kenntniß einer Thatsache gewährt einen, wenn auch nicht absolut sicheren, so doch für die Erlangung einer festen Ueberzeugung des Richters ausreichend sicheren Schluß auf die Wahrheit jener Thatsache.

3. Rechtsnachfolge.

a) Wer einen Wechsel auf Grund eigenen Indossaments oder unter Benutzung des Blankoindossaments eines Vorinhabers begiebt, ist im Sinne des § 445 Rechtsvorgänger des Wechselerwerbers und seiner Nachmänner, so daß über die von ihm in seiner Eigenschaft als Wechselinhaber vorgenommenen Handlungen und Wahrnehmungen dem Wechselerwerber und seinen Nachmännern der Eid zugeschoben werden kann. Rechtsnachfolge im Sinne des § 445 liegt nicht nur vor bei einem Rechte des Delaten, welches letzterer von dem Rechte des bisher Berechtigten ableitet, sondern es genügt, daß das Recht des Delaten sich darstellt als ein solches, welches auf Grund der Verfügung eines Anderen erworben ist. **RG. 47** 66, JW. **00** 852; JW. **02** 76. Dagegen **RG.** JW. **00** 527.

b) Zu dem vorstehenden Erkenntniß vgl. Marcus, DJZ. **01** 528: Die vom RG. getroffene Entscheidung ist zwar im Ergebnisse zutreffend, jedoch nicht in der Begründung. Der Satz, daß für den § 445 der civilistische Rechtsvorgängerbegriff nicht schlechthin maßgebend sei, ist nicht anzuerkennen. Rechtsnachfolge im Sinne der CPO. liegt nur dann vor, wenn der später Berechtigte sein Recht von dem Vorgänger ableitet. Dies ist im Verhältnisse zwischen Indossatar

und dessen Vormann insoweit nicht der Fall, als der öffentliche Glaube des Orderpapiers wirksam ist. Wo dieser versagt, wie bei dem in Frage stehenden in rem wirkenden Einwande der Fälschung, ist der legitimirte Inhaber als Rechtsnachfolger seiner Vormänner nach der materiell-rechtlichen Bedeutung, die aus der Geschichte des Indossaments zu entnehmen, anzusehen.

4. Vertreter. a) Unter den „Vertretern des Gegners" ist auch der Vertreter des Rechtsvorgängers des Gegners zu verstehen. KGBl. **00** 98 (KG.).

b) Das Schiffspersonal ist als Vertreter des Schiffers anzusehen. OLG. **2** 182 (KG.).

c) Die Eideszuschiebung an den Konkursverwalter über eine Handlung des Gemeinschuldners ist unzulässig, denn der Konkursverwalter ist weder Vertreter noch Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners. OLG. **4** 178 (Dresden); SächsA. **13** 265 (Dresden). Anders **RG.** JW. **03** 9.

5. Den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft einen Eid über Handlungen „der beklagten Firma" zuzuschieben, ist unzulässig, weil die Firma als solche Handlungen nicht vornehmen kann. **RG.** JW. **01** 506.

6. Gelegentlich können Zweckmäßigkeitsrücksichten Anlaß dazu geben, neben dem bloßen Leugnen die entgegenstehende Behauptung des Eidespflichtigen in den Eid aufzunehmen. Es ist jedoch kein Verstoß gegen die Vorschriften des Gesetzes über die Eidesnorm, wenn dies nicht geschieht. **RG.** JW. **02** 394.

7. Daraus, das nach § 450 bei Einigung der Parteien die Eideszuschiebung an einen außerhalb des Prozesses Stehenden zugelassen ist, muß gefolgert werden, daß auch die Eidesleistung eines Streitgenossen zugleich für den anderen, selbst im Falle eines nur einheitlich festzustellenden Rechtsverhältnisses im Sinne von § 472 zugelassen werden kann. Durch die Einigung der Parteien wird der Eid nicht etwa zum Vergleichseide, den die CPO. nicht kennt. Es ist daher statthaft, in der Berufungsinstanz einem weiteren Streitgenossen den Eid zuzuschieben, wie auch aus § 533 e contrario folgt. OLG. **2** 149 (Bamb.).

§ 452. Die Zurückschiebung eines angenommeuen Eides ist unzulässig. Diese unzulässige Zurückschiebuug hat aber nicht zur Folge, daß der Eid als verweigert gilt, sondern der Delat kann bei der Annahmeerklärung beharren und den Eid leisten. OLG. Cöln, Puchelts Z. **33** 543.

§ 453. 1. Der dem Parteieide gesetzlich beigelegte Charakter eines nur subsidiären Beweismittels hat zur Folge, daß die Eideszuschiebung auch gegenüber dem richterlichen Eide zurücktreten muß. **RG.** JW. **00** 873.

2. Das Recht zum Widerrufe kann auch in der Berufungsinstanz bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung selbst dann erfolgen, wenn auf den Eid in erster Instanz durch das mit der Berufung angefochtene Urtheil erkannt ist.

Es ist auch nicht der Widerruf durch die gleichzeitige Geltendmachung anderer Beweismittel bedingt. Widerruf ist vielmehr schlechthin, als Verzicht auf dieses Beweismittel, zulässig. **RG.** **46** 328.

§ 457. Eine wissentliche Verletzung der Eidespflicht im Sinne der §§ 457, 470, 471 Abs. 2, 477 Abs. 2 ist auch das Unternehmen der Verleitung zur Begehung eines Meineids. **RG.** **46** 395.

§ 458. Die Zuschiebung des Eides kann noch in der Berufungsinstanz widerrufen werden, selbst wenn der erste Richter auf den Eid erkannt hatte. Der Eid muß alsdann beseitigt werden. Das Verbot der reformatio in pejus gilt insoweit nicht. **RG.** JW. **00** 293; **01** 206.

§ 459. 1. Allein die Abänderung des § 459 ist im Rechte des Parteieids nöthig; die schwurpflichtige Partei müßte wie ein Zeuge vernommen und wie ein Zeuge beeidigt werden. Es steht auch nicht in Widerspruch mit dem übrigen Beweisrechte der CPO., daß, was eine Partei beschwor, ohne Rücksicht

auf die Ueberzeugung des Gerichts der Gegenpartei gegenüber gilt. **Francke**, ThürBl. **48** 145 ff.

2. Die Frage: Welche Wirkung hat die Leistung einer Eidesnorm mit sprachlich anderem als dem urtheils- oder beweisbeschlußmäßigen Substrat? behandelt **Görres**, R. **02** 40.

3. Dem Gegner der beweispflichtigen Partei kann nur aufgegeben werden, in der Ueberzeugungsform die Unwahrheit der gegnerischen, nicht die Wahrheit der eigenen Behauptung zu beschwören. **RG.** JW. **02** 129.

4. Der Eid über das Nichtgeschehen ist in Ueberzeugungsform auch dann zulässig, wenn das Geschehene Gegenstand der eigenen Wahrnehmung des Schwurpflichtigen hätte sein müssen. Es macht für das Beachten und Erinnern von Vorgängen einen wesentlichen Unterschied, ob es sich darum handelt, daß der Vorgang sich ereignet hat, oder darum, daß dies nicht der Fall ist. Daß sich Thatsachen nicht ereignet haben, wird im Allgemeinen nur dann beachtet und prägt sich nur dann dem Gedächtniß ein, wenn der Eintritt der Thatsache erwartet war; abgesehen hiervon gründet sich die Kenntniß der Negative und das Erinnern daran wesentlich auf der Schlußfolgerung, daß der Vorgang sich nicht ereignet haben könne, weil, wenn er sich ereignet hätte, man sich dessen erinnern würde. Seuff. A. **57** 477 (Hamb.). (Dagegen der Einsender der Entsch. 478.)

§ 460. I. 1. Beim bedingten Endurtheil ist diejenige Person, die den Eid leisten soll, mit Namen zu bezeichnen. Unrichtig ist die Bezeichnung „die Inhaber der klagenden Firma", da danach zweifelhaft ist, ob damit diejenigen Personen gemeint sind, die zur Zeit des Erlasses des bedingten Urtheils, oder diejenigen, die zur Zeit der Eidesleistung Inhaber sind. **Marwitz**, Urtheil 115.

2. Ist prozessual ein bedingtes Endurtheil in der Form denkbar, daß die eidespflichtige Partei im Falle der Verweigerung des Eides günstiger gestellt ist als im Falle der Leistung? **Bejaht** von der Red. der DJZ. **02** 384. **Verneint** von **Lubowski**, ebenda 478, und **Keßler**, R. **02** 481.

II. 1. Ist der Eid den Vertretern einer juristischen Person auferlegt, so ist wegen der Möglichkeit eines Wechsels in der Zeit zwischen der Verkündung des Urtheils und der Zeit der Eidesleistung nicht angebracht, im Urtheile die Namen der schwurpflichtigen Personen festzulegen. **RG.** JW. **02** 419.

2. Es ist nicht prozessualisch unzulässig, ein bedingtes Endurtheil in der Weise zu erlassen, daß mit Rücksicht auf die Leistung oder Nichtleistung des Eides für den einen Fall eine Endentscheidung getroffen, für den anderen Fall nur über den Grund des Anspruchs erkannt wird. **RG.** JW. **01** 251.

3. Unzulässig ist dagegen ein bedingtes Urtheil, das für den Fall der Nichtleistung des Eides die Klage abweist, während für den Fall der Leistung des Eides Beweisbeschluß ergeht. OLG. Colmar, Elſ. Lothr. JZ. **25** 453.

4. Unzulässig ist es auch, ein bedingtes Endurtheil in der Weise zu erlassen, daß nur für den Fall der Leistung des Eides über die Klage entschieden wird, im Falle der Nichtleistung dagegen die Entscheidung vorbehalten wird. OLG. Colmar, Elſ. Lothr. JZ. **25** 302.

5. Gegen den Beschluß, der die Eidesabnahme ablehnt, da das Urtheil noch nicht rechtskräftig sei, ist die Beschwerde deshalb zulässig, weil die Ablehnung der Eidesabnahme in ihrer Wirkung thatsächlich eine Aussetzung des Verfahrens mittelbar herbeiführt und daher nach den besonderen Bestimmungen des § 252 Beschwerde stattfindet. OLG. **3** 148 (KG.).

§ 461. Die Unzulässigkeit der Auferlegung des Eides durch Beweisbeschluß wegen mangelnden Einverständnisses muß in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt werden; anderen Falles geht das Rügerecht nach § 295 verloren. **RG.** SächsA. **10** 372; OLG. Dresden, R. **01** 594.

§ 462. 1. Das Gericht ist bei der Normirung eines zugeschobenen Eides in einem bedingten Endurtheil an den Wortlaut der Eideszuschiebung nicht gebunden, vielmehr nach § 462 dann, wenn es den Eid, so wie er zugeschoben und angenommen ist, für unerheblich hält, befugt, denselben so zu normiren, wie er nach seiner Auffassung erheblich ist. Das gilt insbesondere dann, wenn die Eideszuschiebung erhebliche und unerhebliche Behauptungen neben einander enthält. **RG. R. 02** 463.

2. Bei Streit über eine Summe ist die Eidesfassung „x oder wie viel weniger" unzulässig. Der Eid muß auf die bestimmte von der Partei behaupteten Summe abgestellt werden. Der Sinn des negativen Eides über solche bestimmte Summe ist dann aber nicht „x oder weniger", sondern „x oder mehr", z. B. der Schwurpflichtige, der schwört, „nicht 100 erhalten zu haben", schwört nicht, daß er Nichts, sondern daß er „weder 100 noch mehr" erhalten hat. **Rönneberg, Buschs Z. 28** 79 ff.

3. Das bedingte Urtheil bildet die bindende Grundlage für das Läuterungsurtheil; letzteres ist gerade auf der Grundlage des bedingten Urtheils zu fällen. Materiell-rechtliche Einwendungen dürfen auch dann nicht berücksichtigt werden, wenn sie angeblich erst nach der Rechtskraft des bedingten Urtheils entstanden sind.

Die Parteien können nicht in der Weise auf ein Urtheil verzichten, daß es als nicht ergangen betrachtet und über den durch dasselbe erledigten Prozeßstoff unter Ignorirung des Urtheils weiter verhandelt wird. OLG. **3** 143 (Bamb.).

4. Dem Antrag auf Erlaß des Läuterungsurtheils steht der Umstand nicht entgegen, daß der Schuldner den Gläubiger klaglos gestellt, insbesondere auch die außergerichtlichen Kosten bezahlt hat. OLG. **1** 117 (Königsb.).

5. Ein gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangenes bedingtes Endurtheil kann nach deren Auflösung nicht in der Weise geläutert werden, daß die für den Fall der Eidesverweigerung vorgesehene Verurtheilung der Theilhaber in ihrer Vereinigung unter der Gesellschaftsfirma in eine persönliche Verurtheilung derselben als Gesammtschuldner umgewandelt wird, da dies eine, wenn auch nicht in materieller, so doch in formeller Hinsicht bedeutsame Abänderung der im bedingten Urtheil enthaltenen Entscheidung auf Grund eines neuen Vorbringens der Partei darstellen würde. OLG. **3** 344 (Köln).

§ 463. Abs. 2. I. Stahl, Ueber die Anwendung und Auslegung des § 463 Abs. 2 der CPO. (Gött. Inaug.-Diss.): Die Bestimmung des Abs. 2 ist nicht bloß anwendbar, wenn die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet ist, sondern auch im Nachverfahren nach Erlaß eines bedingten Endurtheils. Unterschied der Anfechtung aus § 463 Abs. 2 gegenüber der Restitutionsklage aus § 580 ff.: Während bei letzterer gemäß § 590 Abs. 1 die Wirkung der früheren Eidesleistung gänzlich aufgehoben wird und der Eid, soweit angängig, aufs Neue geleistet werden muß, wenn nicht die Folge der Eidesweigerung ausgesprochen werden soll, bleibt im Falle des § 463 Abs. 2 die Wirkung der Eidesleistung bestehen, bis sie durch den Beweis des Gegentheils beseitigt wird (26 ff.). Das Läuterungsurtheil ergeht ohne förmliche Aufhebung des bedingten Endurtheils. Es spricht die Folge aus, entweder die an die Leistung, oder die an die Nichtleistung, oder die an die Leistung eines beschränkteren Eides geknüpft ist (28 ff.).

II. Blanckmeister, R. **02** 499 ff., 522 ff. erörtert die Frage, wenn im Civilprozesse die Behauptung einer Partei, daß der Gegner durch Leistung eines Parteieids sich einer Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht habe, zulässig sei, und wie sich alsdann das weitere Verfahren gestalte. Es sind hierbei vier Unterfragen zu prüfen:

1. Unter welchen Voraussetzungen ist überhaupt die Geltendmachung der Verletzung der Eidespflicht zulässig?
2. Wie ist die Verletzung der Eidespflicht festzustellen?
3. Inwieweit wird das bisherige Verfahren durch diese Feststellung berührt?
4. Welche prozessualen Rechte stehen den Parteien in dem weiteren Verfahren zu?

Zu 1. Ist das ursprüngliche Verfahren bereits durch rechtskräftiges Endurtheil abgeschlossen, so greifen die Bestimmungen über die Restitutionsklage ein. Ist ein rechtskräftiges Urtheil noch nicht ergangen, so ist die Zulässigkeit der Geltendmachung der Verletzung der Eidespflicht zu prüfen nach § 463 Abs. 2. Zweifel erregt dabei die Frage, inwieweit die Voraussetzung der Restitutionsklage, daß das Urtheil auf die Leistung des Eides gegründet sein müsse, hier zu erfordern sei. Jedenfalls ist sie zu erfordern, wenn nach der Eidesleistung ein Urtheil bereits verkündet ist. Ist es aber noch nicht verkündet, so fragt es sich, ob der Gegner der Partei, die den Eid geleistet hat, gezwungen ist, zunächst das Urtheil abzuwarten, ehe er überhaupt die Verletzung der Eidespflicht geltend machen kann. Die Frage ist zu verneinen: Der Richter, der den Eid für erheblich erachtet, darf schon vor der Verkündung des Urtheils auf die Behauptung, daß der Eid falsch geleistet sei, eingehen. Die Prozeßordnung würde sonst ohne ersichtlichen Zweckmäßigkeitsgrund den Richter zwingen, ein Urtheil zu verkünden, dessen materielle Richtigkeit ihm selbst wenigstens zweifelhaft und dessen demnächstige Beseitigung zu erwarten und im Interesse der materiellen Gerechtigkeit zu wünschen sein würde. Erforderlich ist dagegen stets, daß wegen der strafbaren Handlung ein rechtskräftiges Urtheil ergangen oder die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen als aus Mangel an Beweis unmöglich sein muß. Mithin darf die bloße Behauptung einer Partei, die Gegenpartei habe einen ihr auferlegten Eid falsch geleistet, auch wenn diese Behauptung durch Angabe von Beweismitteln unterstützt wird, vom Civilrichter niemals bei der Entscheidung berücksichtigt und etwa zum Gegenstande der Beweisaufnahme gemacht werden. Der Richter kann die Behauptung völlig unberücksichtigt lassen, kann aber auch nach § 140 die Aussetzung der Verhandlung anordnen.

Zu 2. Hinsichtlich der Feststellung der Voraussetzungen gelten dieselben Regeln im Falle der Restitutionsklage und des § 463 Abs. 2. Erachtet die Staatsanwaltschaft die Beweismittel für so unzureichend, daß sie die Anklage nicht erhebt, oder wird der Angeklagte freigesprochen, so ist diese Auffassung der Staatsanwaltschaft oder des Strafrichters unbedingt maßgebend, und der Civilrichter kann überhaupt nicht mit der Frage, ob die Eidespflicht verletzt ist, befaßt werden. Ist eine Verurtheilung erfolgt, so hat der Civilrichter sich über die Behauptung der Verletzung der Eidespflicht schlüssig zu machen. Das Urtheil des Strafrichters ist für den Civilrichter nicht bindend. Er hat sonach selbständig zu prüfen, ob eine Verletzung der Eidespflicht vorliegt, und darf entgegen der strafrechtlichen Verurtheilung zu dem Ergebnisse kommen, daß die Eidespflicht nicht verletzt ist. Der Gegner der Partei, die den Eid geleistet hat, ist beweispflichtig. Dabei ist ein Geständniß nur hinsichtlich der im § 580 Nr. 1 geforderten Verletzung der Eidespflicht zulässig, nicht aber hinsichtlich der im § 581 Abs. 1 geforderten Umstände, und es ist deren Vorhandensein von Amtswegen zu prüfen (gegen Motive 338). Soweit es sich um Thatsachen handelt, die zur Begründung der Restitutionsklage dienen sollen, sind alle Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung (§ 581 Abs. 2) zulässig, einschließlich der Auferlegung eines richterlichen Eides. Der Beweis des Vorsatzes oder der Fahr=

lässigkeit bei Verletzung der Eidespflicht ist — abgesehen von einem Geständnisse — stets nur durch Schlußfolgerungen aus anderen Thatsachen zu gewinnen: hierüber ist gleichfalls ein richterlicher Eid zulässig.

Zu 3. a) War der Eid durch bedingtes Endurtheil festgesetzt, so ist die Restitutionsklage nur zulässig, wenn die Folge durch rechtskräftiges Läuterungsurtheil festgesetzt ist. Es ist alsdann nur das Läuterungsurtheil zu beseitigen, während das bedingte Endurtheil selbst unberührt bleibt. Nur die Leistung, nicht auch die Anordnung des Eides wird durch den Anfechtungsgrund getroffen.

b) Ist das Läuterungsurtheil noch nicht rechtskräftig geworden, so kann es nur nach Einlegung der zulässigen Rechtsmittel beseitigt werden, und die Verletzung der Eidespflicht ist alsdann in der höheren Instanz im Wege des § 463 Abs. 2 geltend zu machen.

c) Ist der durch bedingtes Urtheil auferlegte Eid geleistet, die Folge der Eidesleistung aber noch nicht durch Urtheil ausgesprochen, so ist weder für die Restitutionsklage, noch — da ja das bedingte Urtheil vor der Eidesleistung rechtskräftig gewesen sein muß (§ 460 Abs. 2) — für die Einlegung eines Rechtsmittels Raum. Die Folge der Eidesleistung kann daher in dem ursprünglichen Verfahren ebenfalls nur — unter Aufrechterhaltnng des bedingten Endurtheils — im Wege des § 463 Abs. 2 beseitigt werden.

d) Für den Fall, daß auf den Eid nach § 461 Abs. 2 durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt ist, kommen die gleichen Regeln zur Anwendung, wie wenn auf den Eid lediglich durch bedingtes Endurtheil erkannt worden ist.

e) Bei Anordnung des Eides durch Beweisbeschluß ist zu unterscheiden, ob die Folge bereits durch Urtheil ausgesprochen ist oder nicht. Im ersteren Falle ist das Urtheil durch Restitutionsklage oder im Wege des § 463 Abs. 2 zu beseitigen. Im letzteren Falle bedarf es, wenn die Voraussetzungen des § 463 Abs. 2 erfüllt sind, einer besonderen Entscheidung nicht, da das Gericht jederzeit in der Lage ist, den Beweisbeschluß, durch den die Eidesleistung angeordnet war, nach stattgehabter Verhandlung zu ändern und auch von seiner Erledigung Abstand zu nehmen. Es ist sonach weiter zu prozediren, wie wenn der die Eidesleistung anordnende Beschluß überhaupt nicht verkündet worden wäre.

Zu 4. a) Die Aufhebung des Läuterungsurtheils berührt das bedingte Urtheil nicht. Einfach ist nur das Verfahren, wenn die schwurpflichtige Partei im Wiederaufnahmeverfahren erklärt, daß sie den Eid nicht nochmals leisten wolle: es wird alsdann die in dem bedingten Urtheil an die Nichtleistung des Eides geknüpfte Folge ausgesprochen. Erklärt sich dagegen die schwurpflichtige Partei bereit, den Eid von Neuem zu leisten, so kann ihr die nochmalige Leistung des Eides nicht verwehrt werden, wenn auch dieses Verfahren den Erfolg haben kann, daß sich derselbe Vorgang mehrfach wiederholt: bedingtes Urtheil — Eidesleistung — Läuterung — Wiederaufnahme des Verfahrens — Eidesleistung. Jedoch stehen dem Gegner der schwurpflichtigen Partei im Falle einer vorsätzlichen Verletzung der Eidespflicht die Befugnisse zur Seite, die durch die §§ 470, 471 Abs. 2, 3, 477 gegeben sind.

b) Dieselben Grundsätze sind anzuwenden bei der Beseitigung des Läuterungsurtheils innerhalb des ursprünglichen Verfahrens nach § 463 Abs. 2. Allerdings ist dies nur angängig in der Berufungsinstanz, da in der ersten Instanz zur Beseitigung des einmal verkündeten Läuterungsurtheils kein Raum ist. Es muß Berufung eingelegt werden und in der Berufungsinstanz ist alsdann zu erörtern, ob die Voraussetzungen des § 463 Abs. 2 gegeben sind. Eine solche Erörterung ist in der Berufungsinstanz zulässig.

Ist das Läuterungsurtheil in der Berufungsinstanz verkündet worden, so muß die Rechtskraft abgewartet und alsdann die Restitutionsklage erhoben werden

da in der Revisionsinstanz die Behauptung, daß die schwurpflichtige Partei durch Leistung des Eides ihre Eidespflicht verletzt habe, nicht zulässig ist. Falls die Verletzung der Eidespflicht noch vor Verkündung des Läuterungsurtheils gerügt wird, so ist diese Rüge bei dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 463 Abs. 2 alsbald zu berücksichtigen.

3. War der Eid durch Beweisbeschluß angeordnet, so steht den Parteien in jedem Falle das Recht zu, neue Beweismittel und zur indirekten Beweisführung auch neue Thatsachen geltend zu machen.

§ 464. 1. In der Richterbietung zu einem beschränkten Eide (§ 464) liegt nicht nothwendig eine Verweigerung der Eidesleistung. — Man muß unterscheiden den formellen und den materiellen Eid. Der Unterschied zeigt sich besonders darin: Bei Leistung des Eides in einem bestimmten Sinne ist stets der Eid geleistet, und es liegt nicht darin Verweigerung des Eides mit einem anderen Sinne; abgelehnt werden kann dagegen der Eid mit Beschränkungen, z. B. in einem bestimmten Sinne, in welchem Falle keineswegs immer der Eid verweigert ist. Rönneberg, Eidesbeweis; Buschs Z. 28 79 ff.

2. Abs. 2. Der Beweis des Gegentheils der Thatsache, über welche der Eid zugeschoben ist, wird aus der Eidesleistung vom Gerichte nicht frei gewonnen, sondern nach der Vorschrift des Gesetzes als deren Folge fingirt. Die Vorschrift des § 472 Abs 2 vermag daran nichts zu ändern, da in diesem Falle die Fiktion versagt.

Da die Zuschiebung eines Eides, solange er nicht geschworen ist, jederzeit widerrufen werden kann, damit aber die Fiktion des § 464 Abs. 2 hinfällig wird, so kann in Folge der Eidesverweigerung die unter Eid gestellte Thatsache nicht mehr als voll bewiesen gelten, wenn die Partei, die den Eid zugeschoben hatte, später einen anderen als den unter Eid gestellten thatsächlichen Hergang behauptet und anderweitig unter Beweis stellt, damit aber ihre Eideszuschiebung fallen läßt. **RG. JW. 02** 394.

3. Die Zurückziehung des Eides steht dem Erlasse nicht gleich. Die Erlassung des Eides enthält die Erklärung, daß es so angesehen werden möge, als ob der Gegner einen ihm auferlegten Eid abgeleistet habe, die Zurückziehung des Eides dagegen die Erklärung, daß der Erklärende sich der Eideszuschiebung über eine behauptete Thatsache nicht weiter bedienen wolle. Die Erlassung des Eides hat nach den §§ 463, 464 die Wirkung, daß die betreffende Thatsache als voll erwiesen gilt, die Zurückziehung des Eides nur die Wirkung, daß das Gericht zu prüfen hat, ob, abgesehen von der Eideszuschiebung, die Thatsache für wahr zu erachten ist, und ob einer Partei über die Richtigkeit ein richterlicher Eid aufzuerlegen ist. **RG. JW. 01** 206.

4. Die Verweigerung der Eidesleistung setzt den auf Nichtleistung gerichteten Willen des Schwurpflichtigen voraus. Es wird daher eine auf einem Willensfehler, insbesondere einem Irrthume über den Inhalt der Eidesnorm beruhende Weigerung als keine Eidesverweigerung im Sinne des Gesetzes anzusehen sein. OLG. 5 71 (Marienw.).

§§ 465 ff. 1. Die Novelle zur CPO. hat das bisherige Eidesversäumniß-Zwischenurtheil beseitigt und bestimmt, daß die Folge der Versäumung des Schwurtermins nur durch den innerhalb einer Woche nach dem Schwurtermine zu stellenden Antrag auf nochmalige Abnahme des Eides beseitigt werden kann (§ 465). Es fragt sich, ob diese Vorschrift auch gilt, wenn der Eid im Auslande zu leisten ist. Das Gesetz erwähnt ausdrücklich nur zwei Fälle, nämlich Abnahme des Eides durch das Prozeßgericht und durch den beauftragten bzw. ersuchten Richter. Daß unter letzterem nicht der ausländische Richter zu verstehen ist, folgt aus dem bisherigen Sprachgebrauche der CPO.

Gleichwohl muß angenommen werden, daß der § 465 ein allgemeines Prinzip enthält, welches auf alle Fälle der Eidesleistung anwendbar ist. Dies ergiebt sich einmal aus der Vergleichung des bisherigen Rechtszustandes mit dem jetzigen, wie auch aus der Entstehungsgeschichte der Novelle. Auch die Grundsätze des internationalen Prozeßrechts stimmen hiermit überein. Hiernach besteht auch bei der Eidesleistung im Auslande die kurze Nothfrist von einer Woche seit dem Termin, und der Anwalt wird gut thun, auf Benachrichtigung von diesem Termine nicht zu verzichten, um die nothwendige Kontrole ausüben zu können. Salomon, Nichterscheinen der schwurpflichtigen Partei in dem im Ausland anberaumten Eidestermine (Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Geheimen Justizrath Dr. Wilke 247 ff.).

2. Ein vor dem 1. 1. 00 nach § 430 CPO. a. F. erlassenes Eidesversäumnißurtheil, welches vor dem 1. 1. 00 noch nicht rechtskräftig geworden ist, ist nicht wirkungslos. Es ist noch nach dem 1. 1. 00 der Einspruch zulässig. Denn eine Entscheidung tritt nicht ipso iure außer Kraft, sondern nur auf Anfechtung einer Partei. (A. M. Schönfeld, R. 00 139.)

Erscheint der Säumige in dem nach dem 1. 1. 00 anstehenden Termine zur Verhandlung über den Einspruch nicht, so steht ihm das Rechtsmittel der Berufung zu (§ 513).

Ist er aber erschienen, mußte jedoch der Termin vertagt werden, und erscheint er in dem neuen Termine nicht, so ist diese Säumniß eine neue, die nach dem neuen Rechte zu beurtheilen ist. Es steht ihm aber nicht der Weg aus § 466 offen. Denn nach § 468 ist ein nochmaliger Antrag auf Eidesabnahme unzulässig, wenn der Schwurpflichtige auch in dem zweiten zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht erscheint. Conrades, R. 00 211 ff.

3. Die zweckmäßige Neuerung der §§ 465, 466 erscheint nur insofern bedenklich, als der Partei, die ohne Verschulden den Schwörungstermin versäumt, die ferner von der gemäß § 465 ergangenen Entscheidung keine Kenntniß erhalten und es lediglich aus diesem Grunde unterlassen hat, die nachträgliche Abnahme des Eides binnen der Nothfrist des § 466 zu beantragen, die Möglichkeit genommen ist, die Eidesleistung nachzuholen.

Diese Härte dürfte de lege ferenda dadurch zu beseitigen sein, daß im § 233 als Abs. 3 folgende Bestimmung aufgenommen wird: Hat eine Partei die Nothfrist des § 466 versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann zu ertheilen, wenn sie von der auf Grund des § 465 ergangenen Entscheidung ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat. Zeyß, DJZ. 01 64.

4. Es ist gleichgültig, ob die Säumniß im Falle des § 466 eine entschuldbare ist oder nicht. Auch wenn die Gründe, die den Schwurpflichtigen zur Versäumung des ersten Eidesleistungstermins veranlaßt haben, noch so dringend sind, so ist er unbedingt verpflichtet, innerhalb einer Woche nach jenem Termine den Antrag auf Eidesabnahme zu stellen.

Wird im ersten Schwurtermine der Präklusionsantrag aus § 465 nicht gestellt, der Termin vielmehr vertagt oder nur Termin zur Eidesleistung angesetzt, so muß sich das weitere Verfahren verschieden gestalten, je nachdem der Schwurpflichtige den Antrag aus § 466 rechtzeitig gestellt hat oder nicht. Im ersteren Falle hat der Schwurpflichtige sich das Recht zur nachträglichen Eidesleistung gewahrt. Es fragt sich, ob er zu dieser Eidesleistung nur in dem ersten auf die Vertagung folgenden Termine zugelassen werden darf, oder ob die Parteien nunmehr freien Spielraum haben, so daß dem Schwurpflichtigen auch in jedem späteren Termine noch die Leistung des Eides verstattet werden könnte. Letzteres dürfte dem Schwurpflichtigen wohl jedenfalls so lange zustehen, als sein Gegner

einwilligt und den Antrag aus § 465 nicht stellt. Hat jedoch der Schwurpflichtige die einwöchige Nothfrist unbenutzt verstreichen lassen, so kann er auch mit Einwilligung seines Prozeßgegners überhaupt nicht mehr zur nachträglichen Eidesleistung zugelassen werden. Die Praxis hat für die Fälle des Beschlußeids zu dem Aushülfsmittel gegriffen, daß der Eid nochmals zugeschoben und ein neuer gleichlautender Beweisbeschluß erlassen wird. Dieses Aushülfsmittel ist mit Rücksicht auf § 224 Abs. 1 nicht ohne Bedenken. Daniels, DJZ. **01** 410 f.

5. Ueber den Wiedereinsetzungsantrag wegen Versäumung der im § 466 bestimmten Nothfrist hat nicht der ersuchte oder beauftragte Richter, sondern das Prozeßgericht zu entscheiden.

Wird der Antrag gestellt, nachdem der Prozeß in die zweite Instanz gelangt war, so entscheidet über den Antrag das Gericht erster Instanz.

Der Gegner des Schwurpflichtigen kann den Antrag, den Eid als verweigert anzusehen, nicht nur im Schwurtermine, sondern noch bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung stellen, auf die das Urtheil ergeht.

Der Antrag kann nur vor dem Prozeßgerichte, nicht vor dem ersuchten oder beauftragten Richter gestellt werden.

Erhebt sich über den Antrag Streit, so ist ein Zwischenurtheil zu erlassen, anderen Falles ist ein besonderer Beschluß, daß der Eid für verweigert zu erachten, nicht erforderlich.

Das Ausbleiben des Schwurpflichtigen gilt als Verweigerung der Eidesleistung im Sinne des § 533 Abs. 2.

Erscheint im Schwurtermine der Schwurpflichtige ohne Vertreter, so wird ihm der Eid abgenommen und dann event. Versäumnißurtheil in der Hauptsache gegen ihn erlassen.

Erscheint in dem zur Erledigung eines Beweisbeschlusses anberaumten Schwurtermine weder der Schwurpflichtige, noch sein Vertreter, so hat der Gegner die Wahl, ob er Verurtheilung zur Hauptsache, oder beantragen will, den Eid für verweigert zu erachten; war dagegen der Termin zur Leistung eines Urtheilseids bestimmt, so muß der Antrag, den Eid für verweigert anzusehen, dem Antrag auf Versäumniß-Läuterungsurtheil vorausgehen.

Der Antrag auf nachträgliche Abnahme des Eides kann nicht nur beim Prozeßgerichte, sondern auch bei dem ersuchten Gerichte gestellt werden. — Für denselben besteht kein Anwaltszwang.

Die Nothfrist läuft vom Schwurtermin ab, gleichgültig, ob ein Antrag des Gegners, den Eid für verweigert zu erachten, gestellt ist oder nicht.

Die Wahrung der Nothfrist ist von Amtswegen zu prüfen.

Ueber den Antrag kann nur in der mündlichen Verhandlung — eventuell durch Zwischenurtheil — befunden werden. Kroschel, Buschs Z. **28** 121 ff.

6. Die Nothfrist des § 466 kann nicht zu laufen beginnen, bevor der Antrag des Gegners, den Eid als verweigert anzusehen, gemäß § 465 gestellt ist. Denn eine Präklusivfrist für die Vornahme einer Prozeßhandlung kann nicht beginnen, bevor diese selbst erfolgen kann. Der nachträgliche, auf Eidesabnahme gerichtete Antrag des Schwurpflichtigen hat aber den Antrag des Gegners aus § 465 zur Voraussetzung, da § 466 Satz 1 einen Rechtsbehelf gegen die „Folge der Versäumung des zur Eidesleistung bestimmten Termins“ giebt und diese Folge, nämlich Annahme der Eidesweigerung, nach § 465 nur auf Antrag des Gegners eintritt.

Andererseits ergiebt der Wortlaut des § 466 [Satz 2: „nach dem Termine“; Satz 1: „des zur Eidesleistung bestimmten Termins“], daß die Nothfrist, wenn überhaupt, unmittelbar von dem Schwurtermin ab läuft. Das Verfahren

soll beschleunigt werden! Die Nothfrist beginnt also unmittelbar mit dem Schwurtermine, wenn der Gegner in diesem Termine den Antrag aus § 465 gestellt hat.

§ 467 Abs. 2: Bei Abnahme des Eides durch einen beauftragten oder ersuchten Richter ist die dem § 466 gegebene Auslegung bezüglich der Voraussetzungen für den Lauf der Nothfrist nicht anwendbar; denn jetzt können sich die beiden oben für den Beginn der Nothfrist aufgestellten Bedingungen nicht zugleich verwirklichen: Der Gegner kann den Antrag aus § 465 nicht in dem Schwurtermine selbst stellen, weil das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter nicht als eine mündliche Verhandlung anzusehen ist (§ 370). Daher beginnt in diesem Falle die Nothfrist mit dem Schwurtermin, ohne daß der Präklusivantrag aus § 465 gestellt zu sein braucht. Osterrieth, JW. **02** 338.

§ 466. 1. Die Nothfrist des § 466 läuft nicht erst von demjenigen Termin an, in welchem der Gegner beantragt, den Eid als verweigert anzusehen, sondern schon von dem Schwurtermin an. OLG. **5** 66 (Köln). Ebenso Meyer, Buschs Z. **28** 311; Kuhlenbeck, JW. **02** 459.

2. Wenn die Abnahme des Eides durch ein ersuchtes Gericht erfolgen soll, so kann der Antrag aus § 466 sowohl bei dem ersuchten Richter, als bei dem Prozeßgerichte gestellt werden. Landsberg, PosMschr. **00** 44.

3. Der § 466 bezieht sich auch auf den Fall der Eidesleistung im Auslande, so daß auch hier die Nothfrist von einer Woche schon vom Schwurtermin ab läuft. Salomon, Festgabe für Wilke 247 ff.

§ 467. I. 1. Die Anberaumung eines Verkündungstermins hat zu unterbleiben, wenn feststeht, daß der vor dem ersuchten Richter zu leistende Eid als verweigert anzusehen ist. Schachtel, DJZ. **01** 137.

2. Der Antrag auf Eidesabnahme ist, wenn der Schwurpflichtige den Termin vor dem ersuchten Richter versäumt, an diesen Richter, nicht an das Prozeßgericht zu richten. Denn das Gesetz sagt nicht, daß aufs Neue Eidesabnahme zu beschließen, oder der Schwurtermin vor dem Prozeßgericht anzusetzen sei, sondern es sei zum Zwecke der Eidesabnahme ein neuer Termin anzusetzen. Meyer, R. **00** 260. Derselben Ansicht ist Brettner, Buschs Z. **26** 358 und R. **00** 194. Dagegen Schönfeld, R. **00** 139, 235.

3. Der Antrag ist an den beauftragten oder ersuchten Richter zu stellen, Wiedereinsetzungsantrag aber an das Prozeßgericht.

Die Berücksichtigung der durch die Beweisaufnahme sich ergebenden Thatsachen ist, wenn sie von keiner Partei behauptet sind, ausgeschlossen, soweit es sich um die Thatsachen handelt, welche zur Begründung eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels gehören. Dagegen sind Indizienthatsachen auch ohne Behauptung zu berücksichtigen und sie sind im Thatbestande zu erwähnen, soweit dafür Beweis angeboten ist, der noch nicht erhoben ist. Meyer, Buschs Z. **28** 314.

4. Der Antrag auf nochmalige Abnahme des Eides kann sowohl beim Prozeßgericht, als auch dem ersuchten Gericht rechtsgültig gestellt werden. Salomon a. a. O. 253.

II. 1. Der § 467 entbindet das Prozeßgericht nicht von der Verpflichtung, zunächst eine Entscheidung über einen Antrag des Schwurpflichtigen zu treffen, der den Eid aus besonderen Umständen nicht vor dem Prozeßgerichte, sondern vor seinem Heimathsgerichte zu leisten wünscht, und diese Entscheidung vorher der schwurpflichtigen Partei zu eröffnen. OLG. **3** 142 (Kassel).

2. Die Vorschrift des § 467, daß, wenn der Eid in Folge der Versäumung des Termins als verweigert gilt, die Entscheidung erst in einem besonderen, über eine Woche hinaus anzusetzenden Termine zu verkünden ist, kommt nicht zur An-

wendung, wenn der Schwurpflichtige persönlich zwar in dem Termine nicht erschienen ist, wohl aber sein Prozeßbevollmächtigter, und dieser erklärt hat, daß sein Auftraggeber die Leistung des Eides verweigere. OLG. Colmar, R. **01** 361.

§ 469. 1. a) Der § 469 läßt für zwei scharf zu scheidende Fälle die Abänderung der Eidesnorm zu: einmal kann sich der Schwurpflichtige zur Leistung eines beschränkten Eides erbieten, d. h. eines solchen, dessen Leistung ungünstigere Folgen für ihn nach sich zieht, als der ihm auferlegte Eid, und sodann kann sowohl der Schwurpflichtige, wie dessen Gegner beantragen, daß unerhebliche Umstände, die in die Eidesnorm aufgenommen sind, berichtigt werden. Eine Berichtigung von Umständen darf nur stattfinden, wenn sie die Folgen der Eidesleistung nicht berührt.

b) Die Frage, ob die betr. Umstände erheblich sind, kann nur aus dem Inhalte der Begründung jenes Urtheils selbst entnommen werden. Insbesondere kann eine zeugeneidliche Vernehmung derjenigen Richter, die jenes Urtheil gefällt haben, nicht stattfinden. OLG. **1** 131 (Köln).

2. a) Das Zugeständniß früher bestrittener Thatsachen erfordert nicht, daß der Schwurpflichtige das fragliche Zugeständniß nicht schon vor der Urtheilsfassung abgeben konnte.

b) Die Aenderung muß den Gegner in eine günstigere Lage versetzen. Bei der Prüfung dieses Umstandes genügt die Besserung der gegnerischen Lage im Prozeß, es ist nicht auch erforderlich, daß durch die Aenderung der Gegner materiell-rechtlich in eine günstigere Lage versetzt, also zu einer geringeren Leistung verurtheilt werde wie durch das bedingte Urtheil. **RG.** JW. **01** 401.

3. Eine Berichtigung unerheblicher Thatumstände im Sinne des § 469 liegt nur dann vor, wenn der bedingt erkennende Richter bei Berücksichtigung der berichtigten Thatumstände jedenfalls ebenso erkannt hätte, wie er bei Würdigung des früheren Vorbringens erkannt hat. **RG.** JW. **01** 226.

4. Eine Bessergestaltung der prozessualen Lage des Gegners erfordert § 469 Satz 2 nicht. Hier kommt es vielmehr lediglich darauf an, ob unerhebliche Umstände durch die Aufnahme anderer Umstände berichtigt werden sollen, und dies ist allemal dann zu bejahen, wenn ohne Beeinträchtigung der rechtlichen Beziehungen, die zwischen den Eidesfolgen und den durch die Eidesleistung zu erzielenden Feststellungen bestehen müssen, die in die Eidesnorm aufgenommenen Umstände durch die Beschwörung anderweitiger Thatsachen ersetzt werden können. OLG. **3** 439 (Zweibr.).

5. Bei Streit der Parteien über die Zulässigkeit einer Eidesnormberichtigung gemäß § 469 Satz 2 ist durch Beschluß zu entscheiden. **RG.** JW. **01** 121.

6. Gegen die nach Maßgabe des 469 beschlossene Aenderung der Eidesnorm ist Beschwerde nicht zulässig. **RG.** SächsA. **11** 96. (Vgl. jedoch JW. **01** 121: Die Zulässigkeit der Beschwerde richtet sich nach § 567.)

7. Aus dem Umstande, daß § 469 für den Fall des Erbietens zu einem beschränkteren Eide eine Aenderung der Eidesnorm noch nach eingetretener Rechtskraft des durch den Eid bedingten Urtheils ermöglicht hat, um die zur Beseitigung eines Gewissenszwanges des Schwurpflichtigen nothwendige Abhülfe zu gewähren, darf nicht gefolgert werden, daß dadurch dem Schwurpflichtigen der ordentliche Weg zur Aenderung der ihn beschwerenden Eidesnorm mittelst Einlegung des noch zulässigen Rechtsmittels erschlossen werden soll. Seuff A. **56** 247 (**RG.**).

§ 470. 1. In Ermangelung der ausdrücklichen Vorschrift im § 470 würde der Widerruf der Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides nach Eintritt der Rechtskraft überhaupt nicht, und vorher nur dann ausführbar sein, wenn noch die Berufungsinstanz zur Verfügung stände. Der § 470 ermöglicht

dagegen den Widerruf in den daselbst vorgesehenen Fällen bis zur Leistung des Eides. Durch den Zwischensatz: „auch nach Eintritt der Rechtskraft" wird, zur Beseitigung von aus der Rechtskraft herzuleitenden Zweifeln, zum besonderen Ausdrucke gebracht, daß die Bestimmung auch rechtskräftige bedingte Endurtheile umfaßt, und daraus ergiebt sich folgerichtig, daß ebenso die noch nicht rechtskräftigen bedingten Endurtheile dem § 470 unterliegen. **RG. 46** 328, **JW. 00** 293.

2. Wissentliche Verletzung der Eidespflicht liegt auch dann vor, wenn der Gegner wegen Verleitung zum Meineide bestraft worden ist. SächsOLG. **22** 525 (Dresden).

§ 471. 1. Die Parteien können, wenn die Voraussetzungen für die Befugniß nach § 471 gegeben sind, diese Befugniß auf einem doppelten Wege geltend machen. Sie können das thun im Wege einer Berufung oder Anschlußberufung, solange ein solches Rechtsmittel noch zulässig, das bedingte Urtheil noch nicht rechtskräftig ist. Sie können aber von dem Rechtsbehelf auch ohne Einlegung eines Rechtsmittels Gebrauch machen, und zwar auch dann, wenn das Urtheil noch nicht rechtskräftig, an sich also noch ein Rechtsmittel zulässig ist. Wählen die Parteien den letzteren Weg, so ist für den Zwischenstreit zuständig das Gericht erster Instanz. Das kann aber nur so lange gelten, als dieses Gericht mit der Sache noch befaßt, die Berufung seitens des Gegners noch nicht eingelegt war. Vom Zeitpunkte der Zustellung der Berufung an muß der Antrag beim Berufungsgerichte gestellt werden. SächsOLG. **22** 525 (Dresden).

2. a) Nach dem Tode der schwurpflichtigen Partei ist in dem von deren Erben aufgenommenen Verfahren in Ansehung der Beweisführung über die auf den Eid gestellten Thatsachen, und zwar ausschließlich über diese, gemäß § 471 Abs. 1 und 3 neu zu verhandeln und auf Grund des Ergebnisses dieser Verhandlung unter Festhaltung der sonstigen durch die früheren Urtheile geschaffenen Rechtslage anderweit zu entscheiden.

b) War das bedingte Urtheil ein Berufungsurtheil, so ist das Berufungsurtheil auch für die anderweite Entscheidung zuständig. OLG. Dresden, SächsA. **10** 259.

3. Ist Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft und Vormündern ein Eid auferlegt worden, und endet vor der Eidesleistung die Liquidation und die Minderjährigkeit der Mündel, so hört die Eidespflicht der Liquidatoren und Vormünder gemäß §§ 471, 477 auf. **RG. JW. 01** 329.

4. Abs. 1 trifft auch dann zu, wenn die Eidesauflage die Folge eines Irrthums über die Vertretungsbefugniß des mit dem Eide Belasteten ist OLG. Colmar, R. **02** 398.

5. Abs. 3. Der § 471 Abs. 3 ist eine formelle Vorschrift, durch die nichts daran geändert wird, daß die Parteien nur in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben können, daß also nur über die Beweisfrage anderweit zu entscheiden ist. SächsOLG. **22** 531 (Dresden).

Dagegen BayrObLG. R. **02** 214: Der Gesetzgeber hat, obwohl er es in der Hand gehabt hätte, in den Fällen des § 471 Abs. 1 und 2 vorzuschreiben, daß das Urtheil nur „in Ansehung der betreffenden Beweisführung" im Sinne des Abs. 1 und der Eidesauflagen aufzuheben sei, im Abs. 3 ausdrücklich bestimmt, daß unter Aufhebung des Urtheils in der Sache anderweit zu erkennen ist. Die Vorschrift hat ihren guten Grund: einmal soll in Folge der vom Gesetze gewollten Wiederherstellung des Standes, wie er vor der Zuschiebung und Auflage des Eides bestanden hatte, das Gericht ganz unabhängig von der früheren Beweiswürdigung in eine ganz neue Beurtheilung des gesammten Prozeßstoffs sowie der vorgeführten früheren und der wegen Wegfalls des Beweismittels des Eides allenfalls neu angebotenen Beweise eintreten und soll, daß

dieses geschehen, durch Aufhebung des früheren und Erlassung eines neuen Urtheils auch nach außen zu erkennen geben.

§ 472. 1. Aus der Vorschrift des § 450 ergiebt sich, daß auch die Eidesleistung des einen Streitgenossen zugleich für den anderen, selbst im Falle eines nur einheitlich festzustellenden Rechtsverhältnisses im Sinne des § 472 zugelassen werden kann. Die Fassung des § 472 — „muß allen Streitgenossen zugeschoben werden" — und dessen Stellung nach § 450 ist kein Hinderniß.

Die Vereinbarung nach § 450 hindert jedoch nicht, nachträglich in der Berufungsinstanz den Eid auch an andere Streitgenossen zuzuschieben. OLG. 2 149 (Bamberg).

2. Der zugeschobene Ueberzeugungseid darf vom Gerichte dem einen Streitgenossen nicht deshalb erlassen werden, weil ein anderer bereits den Ueberzeugungseid geleistet hat. HansGerZ. Beibl. **02** 108 (Hamb.).

3. **Abs. 2.** Die Bestimmung im § 472 Abs. 2 ist nur anwendbar, wenn die auf den Eid gestellte Thatsache für ein Rechtsverhältniß von Einfluß ist, das allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann. Das ist nicht der Fall, wenn die Erben eines Bürgen als Streitgenossen verklagt werden. OLG. Jena, ThürBl. **49** 56.

§ 473. 1. Die Zuschiebung des Eides muß an die Person geschehen, die zur Zeit derselben der gesetzliche Vertreter der Partei ist. Diese Person ist der **Schwurpflichtige** i. S. der §§ 459 ff. und hat den Eid zu leisten, falls nicht etwa zwischen der Zuschiebung des Eides und der Zeit, zu welcher er zu leisten ist, ein Wechsel in der Person des Vertreters eingetreten ist. **RG.** JW. **00** 441, SächsA. **10** 371.

§ 474. 1. Die Vorschrift findet auch auf den Fall Anwendung, daß die gesetzliche Vertretung der Partei nicht mehreren Personen, von denen jede für sich mit voller Vertretungsmacht ausgestattet ist, sondern einem aus mehreren Personen bestehenden Organe derart zusteht, daß sie nur gemeinsam handeln können, z. B. daß der Staat oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechtes durch eine kollegial organisirte Behörde im Prozesse vertreten wird. **RG. 46** 318.

2. Die individuelle Verschiedenheit in der Betheiligung der einzelnen gesetzlichen Vertreter an dem auf den Eid gestellten Akte berührt die Identität des Eidesthemas nicht. § 474 stellt vielmehr insoweit die eigene Handlung und die Wahrnehmung als völlig gleichwerthige Modalitäten neben einander, er enthält gegenüber dem § 472 nur insofern eine Einschränkung, als von der letzteren Vorschrift im Falle der dort vorgesehenen Streitgenossenschaft auch die Eideszuschiebung über Handlungen oder Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger oder Vertreter mitbegriffen ist. **RG.** DJZ. **02** 581.

§ 475. 1. Der richterliche Eid muß sich nicht nothwendig auf sämmtliche, den Anspruch oder die Einrede begründenden Thatsachen gerichtet sein, kann vielmehr nur auf solche Thatsachen gerichtet sein, deren Erhärtung dem Richter noch mangelt, um zu einer vollen Ueberzeugung — sei es auch unter Umständen nur mittels sicherer Schlußfolgerung — zu gelangen. **RG.** R. **00** 215.

2. Das Gericht kann auf einen richterlichen Eid erkennen, auch ohne alle Beweismittel erschöpft zu haben. Das Gericht ist auch nicht verpflichtet, im Urtheil die Gründe für die Ablehnung aller einzelnen Beweismittel anzugeben, nur wenn es ein Beweismittel ganz übersieht, kann darin ein Mangel der Urtheilsbegründung gefunden werden. **RG.** JW. **01** 574, 841; **02** 313.

3. Die — etwa — zu erfordernde Wahrscheinlichkeit braucht nicht durch die Ergebnisse einer Beweisaufnahme gewonnen zu sein. **RG.** JW **02** 250.

4. Die Entscheidung darüber, ob und welcher Partei nöthigenfalls ein richterlicher Eid anzuvertrauen ist, hängt nicht davon ab, wem die Beweislast ob-

liegt. Während der zugeschobene Eid nur die Herstellung einer formellen Gewißheit bezweckt, soll der richterliche Eid und die Ableistung oder Verweigerung desselben das Gericht in die Lage bringen, einem unvollständigen Beweisergebnisse gegenüber eine Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der Beweisthatsache zu gewinnen. Gegenstand der richterlichen Prüfung darf daher bei seiner Zuerkennung nur die Frage sein, welche Partei vermöge ihrer persönlichen Eigenschaften vorzugsweise eine Gewähr bietet, daß durch die Eidesleistung die Wahrheit ermittelt werde. Nur wenn über eine rechtserhebliche Thatsache bisher noch gar nichts bewiesen ist, kann auch die Frage nach der Beweispflicht von Bedeutung werden, da die beweispflichtige Partei in diesem Falle zugleich die beweisfällige ist und für den richterlichen Eid alsdann überhaupt kein Raum bleibt. RG. JW. **02** 544, R. **02** 591.

5. Es besteht jedoch nur ein Recht, keine Verpflichtung des Gerichts, bei der Auflage eines richterlichen Eides auf die persönlichen Verhältnisse der einen oder anderen Partei das entscheidende Gewicht zu legen. **RG.** JW. **02** 92.

6. Hält das Gericht den Eid über eine nicht ausreichend erwiesene Thatsache für erheblich, so darf es nicht, weil eine Eideszuschiebung nicht erfolgt ist, die Thatsache als nicht erwiesen betrachten, sondern hat in Gemäßheit des § 475 einen richterlichen Eid aufzuerlegen. **RG.** JW. **01** 356.

7. Das Gericht ist befugt, bei Auferlegung des richterlichen Eides zwischen dem Wahrheitseide der einen Partei und dem Ueberzeugungseide der anderen Partei zu wählen, je nachdem es den einen oder den anderen Eid für die Gewinnung der richterlichen Ueberzeugung für zweckdienlicher erachtet. **RG.** JW. **02** 169.

8. Der Parteieid ist ein subsidiäres Beweismittel dergestalt, daß er auch gegenüber dem richterlichen Eide zurücktreten muß. **RG.** JW. **00** 873.

§ 476. 1. Die Vorschrift läßt dem Richter freiesten Spielraum, ob und wie weit er dem Eide der einzelnen Streitgenossen Bedeutung beilegen will. Dies kann nicht dahin führen, daß, soweit ein nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß in Frage kommt, der Richter dieses Rechtsverhältniß verschieden gegenüber den einzelnen Streitgenossen regelt, je nachdem der eine den Eid schwört, der andere nicht. **RG.** JW. **02** 395; **RG.** DJZ. **02** 435.

2. Das freie Ermessen bedarf einer besonderen Begründung nicht; es begründet vielmehr selbst für sich allein die Entscheidung, daß der Eid nur von einzelnen bestimmten Streitgenossen zu leisten ist. **RG.** JW. **02** 589.

§ 477. 1. Abs. 1. Die Vorschriften im § 459 finden nicht vorbehaltlos, sondern nur entsprechende Anwendung. Der Richter kann nach seinem Ermessen den Ueberzeugungseid auferlegen, auch wenn es sich um einen Gegenstand der Wahrnehmung handelt. **RG.** JW. **02** 21.

2. Abs. 3. Im Beschwerdeverfahren nach § 99 Abs. 3 ist ein richterlicher Eid zulässig. Er ist hier durch bedingten Endbeschluß aufzuerlegen. **RG. 50** 368, DJZ. **02** 118.

Elfter Titel.

Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 479 Abs. 1. Eine Beschwerde gegen die Anordnung ist nicht gegeben. **RG.** JW. **00** 442; **01** 121.

§ 480. Der Richter hat bei der Belehrung des Schwurpflichtigen den Sinn des abzunehmenden Eides nach den Regeln der Auslegung zu Grunde zu legen, wobei allein seine Ueberzeugung, nicht Bemerkungen in den Urtheilsgründen etwa eines höheren Gerichts maßgebend sind. S. Rönneberg, Buschs Z. **28** 79 ff.

Zwölfter Titel.

Sicherung des Beweises.

§ 485. 1. a) Das Verfahren über die Sicherung des Beweises ist im Anschluß an die allgemeinen Vorschriften der CPO. über die Beweisaufnahme geordnet worden. Hieraus ergiebt sich, daß es nicht in sich abgeschlossen und daß die Bezugnahme auf die übrigen, die Beweisaufnahme im Allgemeinen regelnden Bestimmungen der CPO. nicht ausgeschlossen ist. Ist aber der Beschluß nach § 485 begriffsmäßig ein Beweisbeschluß, der unter der Voraussetzung gefaßt wird, daß die in Vorschlag gebrachten Beweismittel zulässig sind, so ist auch die Zurücknahme des Beschlusses zulässig.

b) Eine allgemeine, der Zeugnißpflicht analoge Verpflichtung zur Vorweisung behufs Einnahme eines Augenscheins besteht nicht; für die Feststellung der Verpflichtung zur Herausgabe, Vorlegung, Zulassung zur Besichtigung ist das bürgerliche Recht maßgebend. Verweigert der Inhaber des Besichtigungsobjekts die Vorweisung, so kann die Verpflichtung nur auf dem Wege eines besonderen Prozesses erstritten werden. Seuff. A. **56** 209 (BayrObLG.).

2. Die CPO. hat es absichtlich unterlassen, Bestimmungen über die Kostenerstattungspflicht bei Anträgen auf Beweisführung aufzunehmen. Nach allgemeinen Grundsätzen fallen die Kosten endgültig dem zur Last, der sie verschuldet hat, und es kann darüber im demnächstigen Verfahren über die Hauptsache erkannt werden, es kann aber auch der Antragsteller seinen Anspruch auf Kostenerstattung in einem besonderen Prozeß verfolgen. Seuff. A. **56** 298 (Rostock); OLG. **5** 165 (Karlsruhe)

§ 487. Das Gericht muß die von dem Antragsteller benannten Sachverständigen vernehmen, der Antragsteller hat nicht ein durch § 464 beschränktes Vorschlagsrecht. **RG. 49** 388, JW. **01** 720.

§ 488. 1. Die Nichtbenutzung des Rechtes aus § 488 auf Feststellung von Mängeln präjudizirt nicht dem materiellen Rechte der Partei, ebensowenig ein Schweigen der Gegenpartei auf die erfolgte Feststellung dem Schweigen dieser, da nur Beweissicherung durch § 488 ermöglicht werden soll. **RG.** JW. **00** 838.

2. Die Bedeutung der Worte: „kann . . . beantragt werden" im § 488 ist streitig zwischen dem RG. und dem OLG. Hamburg.

a) Das **RG. 49** 388, JW. **01** 719 äußert sich: § 488, der durch die Novelle zur CPO. vom 17. Mai 1898 in diese neu aufgenommen wurde und, wie die Begründung des Entwurfs der Novelle — 117 f. — ergiebt, für das neue Recht unter Anderem die Bestimmung des Art. 348 Abs. 2 des HGB. a. F. zu ersetzen bestimmt ist, enthält nicht wie die §§ 485 u. 489 eine Ermächtigung des Gerichts, sondern verleiht dem Antragsteller ein Recht; es muß daher beim Vorliegen seiner Voraussetzungen die beantragte Beweisanordnung erfolgen. Nach Abs. 2 ist der Verkäufer zu dem Antrage schon dann berechtigt, wenn ihm, wie hier geschehen ist, der Käufer einen Mangel angezeigt hat; weitere Voraussetzungen sind nicht erfordert. Das Gericht darf insbesondere nicht in eine materielle Prüfung der Sache eingehen und hat sich, da in prozessualischer Beziehung die Voraussetzung der Verlustgefahr (§ 485) hier nicht gefordert ist und im Uebrigen für die Sicherung des Beweises die Erheblichkeit der Thatsachen keine Bedingung der Beweisaufnahme bildet, einer Prüfung der Beweiserheblichkeit zu enthalten. Das im Abs. 2 des § 488 dem Verkäufer eingeräumte Recht ist ferner unabhängig von dem Rechte des Käufers nach § 488 Abs. 1. Der Verkäufer hat deshalb das Recht nach § 488 Abs. 2 auch dann noch, wenn der Käufer sein Recht aus dem Abs. 1 jener Gesetzesvorschrift bereits ausgeübt hat. Der Verkäufer hat ferner aus dem gleichen Grunde, auch wenn der Käufer

sein Recht aus Abs. 1 durch einen Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen ausgeübt hat und das Gutachten bereits erstattet ist, bei Ausübung seines Rechtes aus Abs. 2 des § 488 — gleichfalls durch einen Antrag auf Vernehmung anderer Sachverständiger — nicht ein besonderes Interesse für eine wiederholte Begutachtung glaubhaft zu machen. Da dem Gericht in diesem Verfahren nicht eine Prüfung der Beweiserheblichkeit zusteht, kann diese wiederholte Begutachtung auch nicht durch Berufung auf § 412 Abs. 1 abgelehnt werden, der sich nur auf diejenigen Verfahren bezieht, in welchen dem Gerichte die Sachentscheidung und damit die materielle Prüfung der Beweise zusteht.

b) Dagegen OLG. Hamburg, Seuff. A. **57** 338, OLG. **5** 75: Die vorstehende Ansicht des RG. ist unzutreffend. Wenn die im § 488 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, so ist der Antrag auf Beweisanordnung auch ohne Hinzutreten der Voraussetzungen des § 485 zulässig (verbis: „kann beantragt werden"), das Gericht darf also den Antrag nicht wegen Fehlens der sonst für eine Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises vorgeschriebenen Voraussetzungen als unzulässig zurückweisen. Daraus folgt aber nicht, daß das Gericht auf die Prüfung dieser Voraussetzungen beschränkt sei und bei deren Vorhandensein dem Antrag ohne jegliche weitere Prüfung Folge zu geben gezwungen sei. Dann würde im Uebrigen nicht mehr von einem „Antrage" die Rede sein, sondern von einem Verlangen der Partei; sie würde das Gericht zwingen können, auch einem durchaus unsachgemäßen Verlangen sich willenlos zu fügen; beispielsweise würde das Gericht einen als sachverständig Bezeichneten, für dessen Sachverstand aber nichts vorliegt, der überdies bei der Sache unmittelbar betheiligt, ein nächster Verwandter des Antragstellers, eine übelberüchtigte, eine wegen Meineids bestrafte Person ist, vernehmen müssen, da nach § 487 Abs. 3 die Auswahl der Sachverständigen dem Antragsteller überlassen ist; es würde der beantragten Vernehmung einer übermäßigen Anzahl von Zeugen oder Sachverständigen, einer von ihm für völlig nutzlos erachteten gerichtlichen Augenscheinseinnahme, vielleicht an einem vom Sitze des Gerichts entfernten Orte, wo der zu besichtigende Gegenstand sich befindet, sich nicht entziehen können u. s. w. Davon enthält das Gesetz nichts, ebensowenig wie der vom RG. vergleichend herangezogene Art. 348 Abs. 2, 3 HGB.

3. Ein Gegenbeweis ist im Beweissicherungsverfahren unzulässig. Allerdings kann grundsätzlich der Unternehmer von dem Antragsrecht aus § 488 noch Gebrauch machen, nachdem der Besteller sein Recht verwirklicht hat. Es ist hierzu aber erforderlich, daß das Gericht die vollzogene Beweisaufnahme für ungenügend erachtet. OLG. Dresden, Buschs Z. **29** 236.

4. Der § 488 läßt das Beweissicherungsverfahren zur Feststellung der Mängel einer Sache zu, nicht aber zur Feststellung der Ursachen der Mängel oder des etwa entstandenen Schadens. OLG. Karlsruhe, Buschs Z. **28** 319.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 497. Die Erklärung, die Klage selbst zustellen zu wollen, muß in der Klageschrift oder im Protokoll abgegeben sein. Deshalb genügt es nicht, wenn sich diese Erklärung oberhalb oder neben der Klageschrift befindet. Rätzell, DJZ. **00** 417.

Dagegen Karbe, ebenda **01** 93: Auch ein neben oder über die Klageschrift gesetzter Vermerk „Ich stelle zu" ist in der Klageschrift enthalten.

§ 505. Im Falle des § 505 ist das Verfahren vor dem Landgerichte keine Fortsetzung des amtsgerichtlichen; nur die Klagerhebung mit ihren Wirkungen dauert fort. **RG.** JW. **01** 800, SächsA. **11** 733.

§ 506. 1. Abs. 1. Ist der amtsgerichtliche Prozeßbevollmächtigte beim Landgerichte nicht zugelassen und ist ein Prozeßbevollmächtigter für diese Instanz nicht bestellt, so ist die Ladung der Partei selbst zuzustellen.

Eine analoge Anwendung des § 179 ist ausgeschlossen. Seuff. A. **57** 38 (Celle).

2. Abs. 2. Das Landgericht darf die Rechtmäßigkeit des Verweisungsbeschlusses nicht nachprüfen, die Bestimmung in Abs. 2 bindet auch das Gericht unabänderlich. Es muß daher auch einen zu Unrecht verwiesenen Prozeß erledigen. OLG. **5** 83 (Stettin).

§ 508. Während im landgerichtlichen Verfahren der Termin nur soweit hinausgerückt werden soll, als es zur Wahrung der Einlassungsfrist für geboten erscheint (§ 261 Abs. 2), besteht für das amtsgerichtliche Verfahren bedauerlicher Weise eine solche Vorschrift nicht. De lege ferenda dürfte es sich empfehlen, im § 508 zu streichen: § 261 Abs. 2. Zeyß, DJZ. **01** 68.

Drittes Buch.
Rechtsmittel.

Erster Abschnitt.
Berufung.

§ 511. I. Die zum Ausgleiche der widerstreitenden Parteiinteressen im Gesetze getroffene Einrichtung des Instanzenzugs begründet für jede Partei das unentziehbare Recht, daß einerseits die vorgesehenen Instanzen voll gewährt werden, und daß andererseits eine weitere sachliche Nachprüfung des Streites als die gesetzlich gestattete nicht Platz greift. Der Richter kann deshalb durch inkorrekte Entscheidungen die der objektiven Rechtslage entsprechenden Rechtsmittel nicht abschneiden. Er kann aber auch die nach der objektiven Prozeßlage gesetzlich nicht gestattete Auslösung eines Streitpunkts aus der Instanz und dessen Überleitung in eine andere Instanz zur sachlichen Nachprüfung nicht dadurch herbeiführen, daß er eine anfechtbare Entscheidung erlassen will. Dennoch ist der in bestimmten prozessualen Formen geäußerte Richterwille nicht gegenstandslos, insofern er eine Prozeßlage schafft, die nur durch die geordneten Rechtsmittel zu beseitigen ist. Das Rechtsmittel vermag aber in solchem Falle nach dem Gesagten nur zur Beseitigung der inkorrekten Entscheidung, und zwar durch Aufhebung und Zurückverweisung, nicht aber zur anderweiten Sachentscheidung zu führen. Die §§ 537 ff. regeln lediglich den Umfang der sachlichen Nachprüfung unter der Voraussetzung, daß sie nach der objektiven Prozeßlage überhaupt statthaft ist. Insbesondere kann aus § 539 nicht gefolgert werden, daß grundsätzlich auch bei inkorrekten Entscheidungen, die als anfechtbare gesetzlich nicht ergehen durften, dennoch eine sachliche Nachprüfung und demgemäß eine anderweite Sachentscheidung stattfinden dürfe. Werner, Die irrthümliche Bezeichnung einer Entscheidung, Gruchots Beitr. 45 585 ff.

Der objektiven Beendigung des Instanzverfahrens steht der entgegengesetzte Fall, daß das Gericht dasselbe in irriger Beurtheilung der objektiven Prozeßlage beenden will, hinsichtlich Art und Umfang der zulässigen Rechtsmittel grundsätzlich gleich, insofern der richterliche Wille hier einen Ersatz für das fehlende objektive Moment, den wirklichen Abschluß des Instanzverfahrens bildet. Die §§ 537 ff. sind ferner ausschließlich sedes materiae nicht nur für den Umfang der sachlichen Nachprüfung, sondern für diese überhaupt. Demgemäß beurtheilen sich nach § 539 auch die Fälle, in welchen der einem Zwischenurtheil über prozeßhindernde Einreden, einem Theilurtheil oder einer Vorabentscheidung über den Anspruchsgrund anhaftende Mangel darin besteht, daß bei Erlaß der Theilentscheidung die für letztere geltenden prozessualen Voraussetzungen außer Acht gelassen sind. Das Berufungsgericht kann dann, vorausgesetzt, daß der Mangel überhaupt heilbar ist, das Versäumte nachholen, und anderweit in der Sache entscheiden. Letzteres kann entsprechend auch das Revisionsgericht, wenn z. B. inkorrekt vom Berufungsgericht aus § 304 entschieden ist, sich aber unerörtert ge-

lassene Angriffs- oder Vertheidigungsmittel ohne Weiteres als rechtlich begründet oder unbegründet darstellen. Von besonderer Bedeutung ist der Fall der Unzulässigkeit des Rechtswegs, insofern hier auch noch in der Revisionsinstanz stets, sobald die Unzulässigkeit vom Gericht angenommen wird, unbedingt Klagabweisung einzutreten hat, ohne Rücksicht auf den Inhalt der Vorentscheidungen, die Revisionsanträge und die Person des Beschwerdeführers. Skonietzki, Bemerkungen dazu, ebenda 591 ff.

II. 1. Die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in dem es eingelegt ist, so daß die Erledigung des Rechtsstreits nach der Einlegung nicht der weiteren Verfolgung des Rechtsmittels wegen der Kostenentscheidung entgegensteht. **RG. JW. 01** 157.

2. Anders, wenn zur Zeit der Einlegung die Hauptsache erledigt ist. **RG. JW. 00** 180; OLG. **3** 324 (Zweibrücken).

3. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels richtet sich nach der Natur der Entscheidung, die äußere Form (Urtheils- oder Beschlußform) ist nicht ausschlaggebend. **RG. JW. 00** 310; vgl. auch **RG. 50** 384.

4. Hat die Vorinstanz ein Endurtheil erlassen wollen, während nur ein Zwischenurtheil möglich war, so ist trotzdem Berufung zulässig. **RG. JW. 00** 470.

5. Ist eine Schadensersatzklage angebrachter Maßen abgewiesen, so ist die Berufung des Beklagten zulässig, um eine endgültige Abweisung zu erlangen. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1088.

6. Die Einlegung eines Rechtsmittels durch den verurtheilten Beklagten wird nicht deswegen unzulässig, weil er den eingeklagten Betrag zur Abwendung der Zwangsvollstreckung zahlt. **RG. JW. 02** 359.

7. Die Berufung des verurtheilten Beklagten mit der Begründung, seine Verurtheilung habe lediglich auf Grund seines Anerkenntnisses erfolgen sollen, ist zulässig. OLG. **3** 323 (Bamb.).

8. Gegen ein Urtheil, das ausspricht, daß der Rechtsstreit ruht und daß dem Beklagten nicht das Recht zusteht, Anträge auf Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits zu stellen, ist die Berufung unzulässig. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 106.

9. Unzulässig ist die Berufung gegen ein 100 Mark nicht übersteigendes Theilurtheil des Gewerbegerichts, mag auch der ganze Anspruch 100 Mark übersteigen. LG. Mannheim, BadRpr. **00** 241.

§ 512. Die Anfechtung der Trennungsanordnung im Sinne von § 145 ist nur gleichzeitig mit der Anfechtung des Endurtheils zulässig; sie kann nur mit deren Unzulässigkeit, nicht auch mit deren Unzweckmäßigkeit begründet werden; die Zweckmäßigkeit unterliegt nicht der Prüfung der oberen Instanz. Ob eine Partei einen auf Anfechtung gerichteten Antrag gestellt hat, ist, da die Anordnungen von Amtswegen ergehen, gleichgültig. Hübler, Trennungsbefugniß 19 ff.

§ 513 Abs. 2. Ergiebt die Verhandlung, daß das Versäumnißurtheil mit Recht ergangen ist, so ist die Berufung als unbegründet zurückzuweisen, nicht als unzulässig zu verwerfen. **RG. 51** 197, **JW. 02** 313.

§ 514. 1. Das Schreiben: „In Sachen 2c. werden wir keine Berufung einlegen" enthält nur die Mittheilung der Absicht eines künftigen Verhaltens, keinen Verzicht. **RG. JW. 00** 272, SächsA. **10** 173.

2. Der für schuldig erklärte Ehegatte, welcher gegen das Scheidungsurtheil erster Instanz Berufung eingelegt hat, kann den ursprünglich dahin gestellten Berufungsantrag, daß die Ehe auch auf seinen Antrag geschieden und beide Theile für schuldig erklärt werden mögen, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz auf Abweisung der gegnerischen Scheidungs-

klage erweitern; in dem ursprünglich beschränkt gestellten Berufungsantrage liegt keinerlei Verzicht. **RG.** JW. **01** 323.

§ 515. 1. Abs. 2. Zur Gültigkeit der von Anwalt zu Anwalt erfolgten Zustellung einer Berufungsrücknahmeerklärung ist das Vorhandensein einer förmlichen Urschrift seiner Erklärung nicht nothwendig; es genügt die Uebergabe eines als beglaubigte Abschrift bezeichneten Schriftstücks. **RG. 46** 357.

2. Abs. 3. Eine Vereinbarung, daß der Gegner den Antrag auf Verlustigkeitserklärung nicht stellen dürfe, ist zulässig, da die Stellung drs Antrags der Parteidisposition unterliegt. **RG.** JW. **02** 185.

3. Der Rechtsmittelkläger hat auch die Kosten, die durch Vorbereitung der Anschlußberufung entstanden sind, zu tragen. **RG.** JW. **00** 699. Vgl. dagegen Gaupp-Stein § 521 I 7.

§ 516. Bei nothwendiger Streitgenossenschaft wird durch die Urtheilszustellung des einen Streitgenossen der Lauf der Rechtsmittelfrist nicht auch in Ansehung der anderen Streitgenossen eröffnet. **RG.** (Plen.) **48** 417, Seuff. A. **56** Nr. 230 (417 ff.)

§ 517. § 517 gilt auch im Falle des § 716. OLG. **5** 84 (Hamburg).

§ 518. 1. Eine Berufung ist als unzulässig zu verwerfen, wenn die Terminsnotiz in dem Berufungsschriftsatze nicht beglaubigt ist; die Argumentation des Urtheils des LG. Darmstadt, Buschs Z. **27** 499, daß die vor der Ansetzung des Termins erfolgte Beglaubigung des Berufungsschriftsatzes erst dann wirksam wird, wenn der Schriftsatz mit der Terminsnotiz zugestellt wird, daß dann die Beglaubigung sich auch auf die Terminsnotiz bezieht, weil sie den ganzen Schriftsatz beglaubigen soll, ist unzutreffend. Mumm, R. **01** 93 f., vgl. § 170.

2. Die bloße Mittheilung der richterlichen Verfügung, durch die der Termin angesetzt wird, ersetzt die Ladung nicht, da dieser Umstand für sich allein keinen genügenden Ausdruck des Ladungswillens enthält. **RG.** JW. **01** 751.

§ 521. 1. Gegen eine Partei, die nicht selbst Berufung einlegen kann, weil sie durch das erstinstanzliche Urtheil nicht beschwert ist, ist Anschlußberufung ausgeschlossen. Wenn daher von zwei Streitgenossen nur einer verurtheilt worden ist, gegen den anderen die Klage abgewiesen worden ist, so kann, wenn der verurtheilte Streitgenosse Berufung einlegt, der Berufungsbeklagte nicht die Anschlußberufung dem anderen Streitgenossen gegenüber erklären, selbst nicht bei nothwendiger Streitgenossenschaft. **RG. 46** 415; **RG.** JW. **01** 306.

2. Die Anschlußberufung ist auch dann zulässig, wenn in erster Instanz nach den Anträgen des Klägers erkannt wurde. **RG.** Puchelts Z. **32** 80; vgl. auch OLG. Hamburg, R. **01** 75.

3. Hat das erstinstanzliche Gericht Klage und Widerklage abgewiesen und hat nur der Kläger Berufung eingelegt, so kann sich der Beklagte wegen Abweisung seiner Widerklage anschließen. Das Urtheil ist, soweit es die Widerklage betrifft, keine selbständige Entscheidung; der ganze, in erster Instanz verhandelte Streitstoff gelangt zur Beurtheilung des Berufungsgerichts. **RG. 46** 373. (Anders OLG. Oldenburg.)

4. Für Ehesachen ist im Hinblick auf die Bestimmungen in §§ 614, 616, nach denen bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urtheil ergeht, unbeschränkt neue Klagegründe geltend gemacht und Widerklagen erhoben werden können, und zur Vermeidung der Präklusion erhoben werden müssen, anzunehmen, daß der Berufungsbeklagte bis zum Schlusse der Verhandlung über das Rechtsmittel seines Gegners berechtigt sei, durch Anschließung an dieses Widerklage zu erheben, auch wenn er vorher selbständige Berufung ein-

gelegt gehabt hat und über diese sachlich bereits entschieden worden ist, sofern dabei über die durch die Anschließung verfolgten Rechte noch nicht erkannt worden ist. **RG. 49** 396; SächsA. **11** 602.

5. Irgendwelche Form ist für die Anschlußberufung nicht vorgeschrieben. Das Wesen der Anschließung ist in den Antrag gelegt, den der Berufungsbeklagte bei der mündlichen Verhandlung über die Berufung stellt und durch den die Grenzen mit bestimmt werden, innerhalb deren der Rechtsstreit von Neuem zu verhandeln ist. **RG.** JW. **02** 77.

§ 522. 1. Auch wenn der Schriftsatz innerhalb der Berufungsfrist zugestellt wird, erfolgt die Anschließung erst durch die Erklärung in der mündlichen Verhandlung. Die Zurücknahme der Berufung vor der mündlichen Verhandlung hindert die Anschließung nicht. **RG.** JW. **00** 16; **RG. 46** 387.

2. Verzichtet der Berufungskläger in der mündlichen Verhandlung materiellrechtlich auf den Anspruch, so kann der Berufungsbeklagte in der nämlichen Verhandlung dennoch die Anschlußberufung erklären. **RG. 45** 409, JW. **00** 131.

§ 523. (529.) Das Recht der Partei zum Widerruf einer Eideszuschiebung kann auch in der Berufungsinstanz bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, selbst dann ausgeübt werden, wenn auf den Eid in erster Instanz durch das mit der Berufung angefochtene Urtheil erkannt ist. **RG. 46** 328. (Anders OLG. Breslau.)

§ 525. 1. Der auf die Klage beschränkte Berufungsantrag kann nicht als auch die Widerklage umfassend angesehen werden, auch wenn Klage und Widerklage in einem untrennbaren inneren Zusammenhange stehen. **RG.** JW. **01** 140.

2. Durch die Bezugnahme auf das Urtheil erster Instanz vor dem Berufungsgerichte werden die von dem ersten Richter als feststehend erachteten Thatsachen zu Behauptungen der bezugnehmenden Partei. **RG.** JW. **01** 458

3. Hat der Kläger seinen Anspruch auf mehrere Klagegründe gestützt, und der Beklagte gegen das Urtheil erster Instanz, welches auf eins dieser Fundamente hin auf einen Eid für den Kläger erkannte, Berufung eingelegt und der Kläger nur Zurückweisung der Berufung beantragt, so ist durch Nichtberücksichtigung der übrigen Klagegründe der Kläger nur dann nicht verletzt, wenn seinem Antrage voll entsprochen wird. Wird dagegen abweichend vom Urtheil erster Instanz die Entscheidung von einem Eide des Beklagten abhängig gemacht, so muß sich aus dem Urtheile zweiter Instanz ergeben, daß sich auch bei Berücksichtigung der übrigen Klagegründe eine derartige Verteilung der Beweislast rechtfertigt. **RG.** JW. **01** 250.

§ 526. 1. Die Vorschrift enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Das Gericht hat den Inhalt des angefochtenen Urtheils, die ihm vorangegangenen Entscheidungen und Beweisverhandlungen von Amtswegen zu berücksichtigen. Marwitz, Urtheil 139.

2. In dem Vermerke des Thatbestandes des Berufungsurtheils: „Auch sollen die drei bisher ergangenen Urtheile sämmtlich als vorgetragen gelten, und es wird auf sie hiermit ausdrücklich verwiesen," ist eine Verletzung der Grundsätze über die Mündlichkeit des Verfahrens im Sinne der §§ 128, 137, 526 CPO. zu erblicken. Der Vortrag der ergangenen Urtheile hat mündlich zu erfolgen und kann nicht durch die Vereinbarung oder die Anordnung des Gerichts, daß dieser Vortrag als geschehen unterstellt werde, ersetzt werden. **RG.** JW. **01** 615.

§ 527. Ist in erster Instanz auf Ehescheidung geklagt, so kann noch in zweiter Instanz die Ungültigkeitsklage geltend gemacht werden. § 527 gilt für den Eheprozeß nicht. **RG.** JW. **00** 622.

§§ 527, 529, 615. 1. Der nach dem bisherigen Rechte noch in der Berufungsinstanz auch ohne Einwilligung des Gegners zulässigen Klagenkumulation

gemäß § 615 Abs. 1 CPO. stehen die §§ 527, 529 Abs. 2 neuer Fassung, die die Klageänderung erleichtern, nicht entgegen. RG. JW. **00** 623, 658.

2. Das Kumulationsrecht kann in der Weise ausgeübt werden, daß gleichzeitig mit der Erhebung der neuen Klage der mit der ursprünglichen geltend gemachte Anspruch zurückgezogen wird. RG. JW. **00** 658, 659.

§ 528. 1. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf die Einreden des Schiedsvertrags, wenn das Verfahren erster Instanz vor 1900 erledigt war, da bis dahin die Einrede nicht den Charakter einer prozeßhindernden hatte. RG. JW. **02** 22.

2. Unter § 528 Abs. 1 Satz 2 fällt auch der Einwand, daß die Klage vor die Gewerbegerichte gehöre. OLG. **3** 329 (KG.); ebenso Gaupp-Stein, Neukamp u. A. Dagegen beziehen Petersen-Anger, Struckmann-Koch die Vorschrift nicht auf die sachliche Zuständigkeit.

§ 529. I. Dieser Paragraph sowie auch die §§ 540, 541 beschränken die Verurtheilung des Klägers aus einer stattgehabten Vollstreckung des demnächst wieder aufgehobenen Vorbehaltsurtheils auf die Erstattung des Erhaltenen nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung. Die Vollstreckung kann aber auch in diesen Fällen eine offenbar böswillige oder schuldvolle Schädigung des Beklagten gewesen sein, namentlich dann, wenn der Kläger Veranlassung hatte, die behufs Aufrechnung geltend gemachte Gegenforderung (§ 529) bez. die anderen verspätet vorgebrachten Vertheidigungen (§ 540) für begründet zu halten, ja er kann durch seinen Widerspruch gegen deren Zulassung und seinen Antrag auf Vorbehaltsurtheil schon dieses in böswilliger Absicht erwirkt haben und haftet dann nach den Grundsätzen des BGB. § 823 zweifellos außer auf Erstattung des Erhaltenen auch auf Schadensersatz. Denn selbst die doch lediglich prozessuale Verschuldung oder Nachlässigkeit des Beklagten im Falle des § 541 reicht nicht hin, um denselben einem nach bürgerlichem Rechte wohlbegründeten Schadensersatzanspruch zu entziehen. Nach der Begründung der Novelle (bei Hahn 113) scheint man allerdings daran gedacht zu haben, wie man in den §§ 302, 600, 717 die Existenz eines Schadensersatzanspruchs in rein formalistischer Weise an einen nackten prozessualischen Thatbestand ohne Rücksicht auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes geknüpft hat, so hier auch mit dem Ausschluß eines solchen zu verfahren. Als Grund der getroffenen Bestimmung wird daselbst die „Billigkeit" angeführt, allein mit dieser stehen sie in dem gedachten Falle in direktem Widerspruche. Der Wortlaut des Gesetzes schließt nicht aus, jene Beschränkung der Verurtheilung des Klägers zur Erstattung des Erhaltenen lediglich auf das in dem rechtshängigen Prozesse selbst ergehende Endurtheil zu beziehen und eine selbständige Schadensersatzklage unter den Voraussetzungen des BGB. für eine solche zuzulassen. Schultze, Grünhuts Z. 28 557 ff.; vgl. auch die Bemerkungen zu §§ 600, 717.

II. 1. Abs. 1. a) Die Erweiterung des Antrags darf zwar der zufällige Erfolg, aber nicht der ausschließliche Zweck der Berufung sein. Dagegen kann die Anschließung zu diesem Zwecke erfolgen. RG. JW. **02** 19.

b) Die Berufung zu dem Zwecke, um an Stelle des abgewiesenen Unterhalts für die Vergangenheit solche auf die Zukunft zu fordern, ist zulässig. SächsAnn. **24** 286 (Dresden).

2. Abs. 2. a) Im Sinne des § 529 ist unter „neuem Anspruch" ein bisher noch nicht gestelltes, nun aber zum Zwecke der Aburtheilung durch den Richter vorgebrachtes Verlangen zu verstehen, mag es in Form eines Klage- oder Widerklage- oder Inzidentfeststellungsantrags oder einer Aufrechnungseinrede erhoben werden. Dabei ist nicht die Art der Begründung des Verlangens, sondern das Verlangen selbst und dessen Gegenstand das Wesentliche und Ausschlag-

gebende. Allerdings wird, weil Klagänderung sowohl in Aenderung des Klagegrundes als in Aenderung des Klagegegenstandes bestehen kann, auch die letztere Art der Klagänderung von § 529 Abs. 2 mit betroffen, es wird also in ihm ein Stück des § 527 wiederholt. Das ist jedoch nur eine unvermeidliche Folge. Keinesfalls hat § 529 Abs. 2 den Gesammtinhalt des § 527 abermals aufnehmen und auch die Aenderung des Klagegrundes zum zweiten Male verbieten wollen. **RG. 47** 390.

b) Ebenso sagt **RG. JW. 01** 80: Unter Klaganspruch im Sinne des § 529 ist nicht der Klagegrund, sondern die mit der Klage geforderte Leistung zu verstehen.

c) Die Vorschrift des § 529 Abs. 2 CPO. bezieht sich auch auf die Widerklage. **RG. JW. 01** 366.

d) Der Einwilligung steht es gleich, wenn der Beklagte, ohne zu widersprechen, sich auf eine mündliche Verhandlung über den erhobenen neuen Anspruch eingelassen hat. Die Vorschrift im § 269 findet nicht nur im Falle des § 527, sondern auch in dem des § 529 Abs. 2 Anwendung. **RG. JW. 01** 248, **02** 215; **RG. 51** 110; ebenso Petersen-Anger, Struckmann-Koch; anders Gaupp-Stein, die die Vermuthung des § 269 im Falle des § 529 Abs. 2 nicht gelten lassen wollen.

e) Die Anfechtungseinrede ist kein „neuer Anspruch" im Sinne des § 529, wenn auch § 5 Anf.G. v. 20. 5. 98 von der „Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" spricht. OLG. **5** 89 (Jena).

f) Die Bestimmung des § 270 gilt auch für den Ausspruch, daß ein neuer Anspruch nach § 529 Abs. 2 nicht vorliege. **RG. JW. 02** 215.

3. Abs. 3. Wegen der Wirkung des Urtheils s. Marwitz zu § 302.

a) Die Aufrechnung mit einer Prozeßkostenforderung kann vor dem Erlasse des Kostenfestsetzungsbeschlusses erfolgen, denn der Kostenerstattungsanspruch entsteht nicht erst mit der Festsetzung, sondern bereits mit der Vollstreckbarkeit des Urtheils. Mithin ist der Beklagte nicht an der Geltendmachung der Aufrechnung gehindert, wenn lediglich die Festsetzung aussteht. **RG. JW. 01** 429.

b) Das Vergessen einer Forderung kann entschuldbar sein. **RG. JW. 02** 76.

c) Der Vorbehalt ist im Urtheile nicht auszusprechen, wenn der Beklagte vor Erlaß des Urtheils freiwillig bezahlt hat, denn alsdann hat er davon abgelassen, die Geltendmachung der Aufrechnung der Gegenforderung zu einer Einwendung gegen die Klage zu verwenden. OLG. **5** 90 (Hamburg).

§ 531. Die in erster Instanz verweigerte Leistung des Editionseids kann in zweiter Instanz nicht nachgeholt werden. OLG. SächsA. **11** 639.

§ 533. 1. Ein vor der ersten Instanz geleisteter Eid ist in der Berufungsinstanz nicht zu berücksichtigen, wenn die erste Instanz über die Beweislast rechtsirrthümlich entschieden hat. **RG.** SächsA. **10** 752.

2. Hat das erstinstanzliche Gericht in legaler Weise auf die Abnahme eines Parteieids erkannt, über dessen Norm und Erheblichkeit die Parteien einverstanden waren, so ist das Berufungsgericht nicht befugt, auf Grund abweichender Beurtheilung des erstinstanzlichen Zeugenbeweises auf einen richterlichen Eid der Gegenpartei zu erkennen. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 104.

3. Ueber den Widerruf der Eideszuschiebung in der Berufungsinstanz vgl. zu § 536.

§ 534. 1. „Mündliche Verhandlung" ist die Verhandlung über die Berufung. OLG. **1** 5 (Posen).

2. Der § 534 kann keine Anwendung finden bei Verurtheilungen zur Leistung des Offenbarungseids, (CPO. § 889), weil in diesem Falle die vorläufige Vollstreckung des Urtheils der vollständigen unverbindlichen Erfüllung des Klag-

anspruchs gleichkommen würde, was offenbar dem durch die CPO. mit den Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit verfolgten Zwecke zuwiderlaufen würde. Sächs. OLG. **23** 375.

§ 535. 1. Wittmaack, Prüfung der Formalitäten der Rechtsmittel von Amtswegen, A.civPr. **92** 359ff., unterzieht die Berechtigung des Grundsatzes, daß die Formalitäten der Einlegung von Amtswegen zu prüfen seien, einer Prüfung. Es empfiehlt sich, die Vorschriften der §§ 535, 566 abzuschaffen. Eine Zurückweisung des Rechtsmittels, weil es nicht in der vorgeschriebenen Frist oder nicht in der gehörigen Form eingelegt sei, darf nur dann gestattet sein, wenn die Gegenpartei die Versäumung der Frist oder die Nichtbeobachtung der Form rügt. Bleibt die Gegenpartei im Verhandlungstermin aus, so muß angenommen werden, daß sie die Versäumung der Frist oder die Vernachlässigung der Förmlichkeiten des Rechtsmittels nicht rügen will, und die Frist als gewahrt und die Förmlichkeiten als beobachtet angesehen werden. Es bleibt selbstverständlich der Gegenpartei vorbehalten, vermittelst des Einspruchs das auf einer solchen Grundlage ergangene Versäumnißurtheil in vollem Umfang anzufechten und in einem späteren Verhandlungstermine die Verspätung oder den Mangel der Förmlichkeit des Rechtsmittels zu rügen.

Es sollte aber den Parteien auch gestattet werden, durch ausdrückliche Vereinbarung die Rechtsmittelfrist zu verlängern. Das öffentliche Interesse kann einer solchen Bestimmung um so weniger entgegenstehen, als schon jetzt die Parteien dadurch, daß sie die Zustellung des anzufechtenden Urtheils unterlassen, in der Lage sind, den Beginn und also auch den Ablauf der Rechtsmittelfrist hinauszuschieben.

2. Eine nicht statthafte oder nicht form= oder fristgerecht eingelegte Berufung ist bei Säumniß des Berufungsklägers durch Versäumnißurtheil als unzulässig zu verwerfen. Die Rechtsprechung des RG. steht auf den Standpunkte, daß ein Versäumnißurtheil auch über eine prozessuale Thatsache ergehen kann. **RG. 50** 384, JW. **02** 126. Vgl. dagegen Gaupp=Stein, zu § 535 III.

3. §§ 535 und 313 Nr. 3. a) Die auf Grund von Schriftstücken, nicht von mündlichen Vorträgen erfolgende Prüfung gemäß § 535 CPO. genügt nach § 313 Nr. 3 CPO. nicht, die nach strittiger Verhandlung über die Zulässigkeit der Berufung ergehende Entscheidung bedarf der Erwähnung im Thatbestande des Urtheils.

b) Bei nichtstrittiger Verhandlung über die Zulässigkeit der Berufung genügt zur Feststellung der Wahrung der Vorschrift des § 535 ein Vermerk im Sitzungsprotokolle: „Die Rechtzeitigkeit der Berufung wurde nachgewiesen." Damit ist auch die formgemäße Zustellung festgestellt. **RG. 47** 402, JW. **01** 8.

§ 536. 1. In der Streitfrage, ob das Berufungsgericht die Klage unbedingt abweisen darf, wenn die erste Entscheidung von einem Eide des Beklagten abhängig gemacht ist und nur Berufung des Klägers vorliegt, bleibt der 2. Civils. bei seiner früheren strengen Ansicht stehen, wonach dem Berufungsrichter eine ganz allgemeine Berechtigung nicht zusteht, eine durch den ersten Richter von einem Eide abhängig gemachte Entscheidung in eine unbedingte Abweisung umzuwandeln, obgleich der Beklagte sich der Berufung nicht angeschlossen hat. **RG. 49** 381. Ebenso 1. Civils., JW. **02** 129.

2. Anders, wenn die Partei die Eideszuschiebung zurückzieht. Auf die Leistung eines zugeschobenen, demnächst aber zurückgezogenen Eides darf das Berufungsgericht nicht mehr erkennen und muß daher auch für diesen Fall eine im ersten Urtheil enthaltene Eidesauflage beseitigen. RG. (VI) JW. **02** 205.

3. Soweit auf ein eingelegtes Rechtsmittel ein Urtheil aufgehoben werden muß, müssen auch solche Theile, die in einem Zusammenhange mit dem aufgehobenen Theile stehen, aufgehoben werden. **RG. 46** 424.

§ 537. 1. Haben verschiedene Anträge denselben Anspruch zum Gegenstande, so hat das Berufungsgericht über sämmtliche Anträge zu erkennen, mag auch die erste Instanz nur über einen von ihnen erkannt haben. **RG.** JW. **01** 752.

2. Hierzu auch OLG. **Karlsruhe**, BadRpr. **02** 219: **Der Devolutiveffekt der Berufung ergreift auch die Ansprüche, die in erster Instanz weder zu- noch aberkannt, sondern übergangen sind.**

3. Ein vom Berufungsgericht erlassenes bedingtes Urtheil liegt nur vor, wenn bezüglich des unter Eid gestellten Prozeßstoffs eine von der ersten Instanz abweichende Entscheidung getroffen wird. OLG. **1** 241 (Bamberg).

4. Aendert das Berufungsgericht das in erster Instanz erlassene, durch Eidesleistung bedingte Endurtheil insofern ab, als es den Eidessatz einschränkt, so liegt über den bezüglichen Theil des Prozeßstoffs eine unbedingte Entscheidung vor. Das Berufungsgericht erläßt also kein bedingtes Urtheil. Erweitert es dagegen die Eidesnorm durch Einfügung neuer Thatsachen, so liegt ein neues bedingtes Urtheil vor. OLG. **3** 145 (Bamberg).

5. Wenn vor der Aufnahme des Rechtsstreits durch die Erben der schwurpflichtigen Partei das das erstinstanzliche Urtheil bestätigende Urtheil der Berufungsinstanz rechtskräftig geworden ist und das Berufungsgericht von der Befugniß des § 537 Satz 2 keinen Gebrauch gemacht hat, so ist es trotzdem zur Erledigung des nach § 471 einzuleitenden Verfahrens zuständig. OLG. Dresden, SächsA. **10** 259.

§ 538. I. 1. Die Zurückweisung ist obligatorisch. Sie kann durch Vereinbarung oder durch § 295 nicht ausgeschlossen werden. **RG.** JW. **02** 92. Ebenso OLG. **2** 305 (Karlsruhe).

2. „. . . insoweit eine weitere Behandlung derselben erforderlich ist" bedeutet „insofern nicht schon die zweitinstanzliche Entscheidung über die in Nr. 1—5 bezeichneten Streitpunkte die Sache beendigt". **RG.** JW. **02** 92.

II. Nr. 2. Ob bereits in der 2. Instanz zur Sache verhandelt worden ist, ist gleichgültig. **RG.** JW. **02** 93.

III. 1. Nr. 3. Ist vor dem 1. 1. 00 ein Zwischenurtheil nach § 304 ergangen, so ist die Zurückweisung unzulässig. **RG.** JW. **00** 659; **01** 401.

2. Ueber weitere Uebergangsfragen vgl. OLG. **2** 305 (Karlsruhe); **1** 338 (Stuttgart).

3. Das Berufungsgericht darf nicht ohne Entscheidung über den Grund des Anspruchs die Zurückverweisung aussprechen. Hierüber **RG. 47** 366: Der Berufungsrichter versteht die Vorschriften in dem jetzigen § 538 Nr. 3 CPO. dahin, daß eine Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz auch dann zu erfolgen habe, wenn über den Grund des Anspruchs eine Entscheidung in zweiter Instanz nicht getroffen worden ist. So liegt der Fall hier. Die Widerklage ist nach Grund und Betrag streitig; der erste Richter hat den ihr entgegengesetzten Einwand der Verjährung für durchgreifend erachtet und demgemäß — ohne sich im Uebrigen auf den Grund des Anspruchs einzulassen — die Widerklage abgewiesen. Der Berufungsrichter ist gegentheiliger Meinung; er verwirft den Verjährungseinwand, ebenso (übereinstimmend mit dem ersten Richter) den Einwand rechtskräftig entschiedener Sache. Ueber den Grund des Widerklaganspruchs trifft er aber gleichfalls keine Entscheidung, sondern er weist die Sache nach Erledigung dieser beiden Einwendungen in die erste Instanz zurück, damit diese nunmehr über den Grund und Betrag des Widerklaganspruchs anderweitig verhandle und entscheide. Dies ist ein prozessualer Verstoß. Zwar ist ohne Weiteres zuzugeben, daß, wenn man nur den Wortlaut des § 538 Nr. 3 CPO. in Betracht zieht, das Verfahren des Berufungsgerichts gerechtfertigt erscheinen könnte. Denn

der Anspruch ist nach Grund und Betrag streitig, es ist eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich, und die Klage (hier die Widerklage) ist durch das angefochtene Urtheil abgewiesen worden. Aber der Sinn des Gesetzes ist bei dieser sich lediglich an den Wortlaut haltenden Auslegung nicht getroffen. Aus den Motiven ist etwas Entscheidendes nicht zu entnehmen. Aber zunächst spricht das gegen die Auslegung des Berufungsrichters, daß sie einer wiederholten Zurückverweisung in die erste Instanz den Weg öffnen würde. Denn wenn einer Klage mehrere selbständige Einreden entgegengesetzt werden, so kann sich der erste Richter, wenn er eine derselben für begründet erachtet, darauf beschränken, dies auszusprechen und demgemäß die Klage abzuweisen.

Wäre es nun zulässig, daß der Berufungsrichter auch wieder nur über diese Einrede entscheidet, und wenn er sie verwirft, die Sache in die erste Instanz zurückverweist, so könnte nun der erste Richter bezüglich einer zweiten Einrede ebenso prozediren. Dies würde zur abermaligen Zurückverweisung führen, wenn der Berufungsrichter im Widerspruche mit dem ersten Richter auch die zweite Einrede nicht für begründet erachtete. So wäre es möglich, daß, ohne Entscheidung über den Grund des Anspruchs in erster oder zweiter Instanz, eine wiederholte Verhandlung der Sache in beiden Instanzen stattfände.

Daß der Gesetzgeber ein solches Verfahren habe zulassen wollen, läßt sich nicht annehmen, das Gesetz hat die Fälle im Auge, in welchen über den Grund eines auch dem Betrage nach streitigen Anspruchs — und zwar über den Grund allein — eine den Anspruch verwerfende Entscheidung in erster Instanz ergangen ist, und es schreibt für diese Fälle vor, daß, wenn durch eine abändernde Entscheidung des Berufungsrichters nunmehr auch eine Entscheidung über den Betrag erforderlich wird, diese nicht vom Berufungsrichter gegeben werden soll, daß vielmehr zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen ist. Darin hat sich im Verhältnisse zu dem bisherigen Rechte nichts geändert, daß der Berufungsrichter innerhalb der Berufungsanträge mit der ganzen Sache befaßt wird, so daß er — soweit ihn das Gesetz nicht zu einer Zurückverweisung ermächtigt — selbst eine Entscheidung abgeben muß; verändert hat sich nur dies, daß eine Zurückverweisung, um über den streitigen Betrag zu entscheiden, auch dann erfolgen soll, wenn der erste Richter nicht eine Vorabentscheidung getroffen, sondern die Klage abgewiesen hat. Hiernach durfte der Berufungsrichter die Entscheidung über den Grund des Widerklaganspruchs nicht in die erste Instanz zurückverlegen; er selbst mußte hierüber eine Entscheidung treffen, da er den vom ersten Richter für durchgreifend erachteten Einwand der Verjährung verwarf, und erst, wenn er den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtete, griff die Vorschrift des jetzigen § 538 Nr. 3 CPO. mit der Wirkung ein, daß zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen war.

4. Im Falle der Klagabweisung eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs kann das Berufungsgericht bei Feststellung des Anspruchs seinem Grunde nach gleichzeitig zur Zahlung des alsdann unstreitigen Betrags verurtheilen. OLG. 5 85 (KG.).

5. Der § 538 Nr. 3 CPO. findet nicht Anwendung, wenn das Gericht erster Instanz, sei es wegen rechtskräftiger Entscheidung über den Grund des Anspruchs, sei es, weil dieser dem Grunde nach nicht bestritten ist, nur über den Betrag der Forderung entschieden hat. **RG. JW. 00 784.**

6. Ist neben einem prinzipalen ein eventueller Klagegrund, durch welchen der Klaganspruch nach Grund und Betrag streitig wird, geltend gemacht, und die Klage, soweit sie auf den eventuellen Klagegrund gestützt war, in erster Instanz abgewiesen und auf den prinzipalen Klagegrund hin auf einen Eid für den Be-

klagten erkannt, so hat das Gericht zweiter Instanz, falls es die erstinstanzliche Entscheidung bezüglich des Prinzipalfundaments für gerechtfertigt hält, den Eventualanspruch aber dem Grunde nach anerkennt, gemäß § 538 Nr. 3 CPO. die Sache an die erste Instanz zurückzuverweisen. Daß eine eventuelle Klageverbindung vorliegt, ändert an der Zulässigkeit nichts, da es sogar zulässig ist, in einem Urtheile die primäre Klage abzuweisen und auf die eventuelle Klage dem Grunde nach zuzusprechen. RG. JW. **01** 574.

7. Die Zurückverweisung hat auch dann zu erfolgen, wenn es sich um einen gemäß § 529 Abs. 2 erst in zweiter Instanz erhobenen Anspruch handelt. RG. **49** 38.

8. Die Anwendung des § 538 Nr. 3 beim Vorliegen einer Widerklage und Aufrechnungseinrede hat zu Zweifeln Anlaß gegeben.

A. Daß § 538 Nr. 3 sich auch auf die Widerklage bezieht, obschon im Gesetze und von der Klage die Rede ist, spricht ausdrücklich aus OLG. **2** 308 (Posen).

B. Ist auf erhobene Klage und Widerklage in erster Instanz nur die Klage abgewiesen, so kann im Falle des § 538 Nr. 3 CPO. die zweite Instanz auch die Widerklage in die erste Instanz zurückverweisen, wenn der Erfolg der Widerklage davon abhängt, zu welchem Betrage der Klaganspruch für gerechtfertigt erachtet werden wird. RG. JW. **00** 471; Gruchots Beitr. **45** 411.

C. Wie ist der Fall zu beurtheilen, wenn gegenüber der unstreitigen Klageforderung der Beklagte eine höhere Gegenforderung vorschützt, mit ihr in Höhe der Klageforderung aufrechnet und den überschießenden Theil durch Widerklage geltend macht, dafern das erstinstanzliche Gericht unter Verneinung des Grundes der Gegenforderung nach dem Klagantrage verurtheilt hat, das Berufungsgericht dagegen die Gegenforderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt?

a) OLG. **1** 339 (KG.). Nach § 538 CPO. mußte das Berufungsgericht sich auf die Entscheidung über den Grund des Anspruchs beschränken, im Uebrigen aber unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils die Sache an das Gericht erster Instanz zur Verhandlung über den Betrag zurückverweisen. Dies folgt, soweit der Schadensersatzanspruch des Beklagten mit der Widerklage erhoben ist, ohne Weiteres aus entsprechender Anwendung des § 538 Nr. 3. Es konnte aber auch keinem Bedenken unterliegen, die Zurückverweisung auch über denjenigen Theilbetrag des Schadensersatzanspruchs des Beklagten auszusprechen, den er gegenüber der Klageforderung zur Aufrechnung gestellt hat. Denn nach dem jener Bestimmung zu Grunde liegenden Prinzipe soll zunächst über den ganzen Prozeßstoff in der ersten Instanz entschieden werden. Es kann deshalb nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, daß über den einen Theil des Prozeßstoffs, der die Widerklage betrifft, von dem Gericht erster Instanz, über den anderen Theil aber, der die Aufrechnung betrifft, von dem Berufungsgericht entschieden werden soll. Die nothwendige Folge der Zurückverweisung zur Entscheidung über den Betrag des Schadensersatzanspruchs ist aber ferner die Zurückverweisung der Sache auch zur anderweiten Entscheidung über den Klaganspruch. Denn der Erfolg der Klage hängt davon ab, zu welchem Betrage die Gegenforderung für berechtigt erklärt wird.

b) Das Berufungsgericht (KG.) hatte den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch für gerechtfertigt erachtet und die Sache insoweit zur Verhandlung an das Landgericht zurückverwiesen, zugleich durch Beschluß das Verfahren in der Berufungsinstanz auf die Klage ausgesetzt, bis in erster Instanz über die Widerklage entschieden sein wird.

Das RG. 47 416 hob auf: Es ist mit dem Beschlusse über die Aussetzung des Verfahrens über die Klage unvereinbar, wenn nun trotzdem durch das angefochtene Urtheil der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache insoweit zur Verhandlung an das Landgericht zurückverwiesen wird. Denn mit der Widerklage ist ein Anspruch nur insoweit geltend gemacht, als er die Klageforderung übersteigt. Solange daher der Berufungsrichter nicht feststellte, daß dem Widerkläger ein die Klageforderung übersteigender Ersatzanspruch zustehe (mochte auch im Uebrigen über seine Höhe ein abschließendes Urtheil noch nicht zu gewinnen sein), konnte er auch nicht den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären.

Zum Grunde gehört in solchen Fällen die Feststellung, daß ein Ueberschuß vorhanden sei. Eine dahin gehende Feststellung aber fehlt. Wäre sie getroffen, so würde bei der hier obwaltenden Sachlage freilich nichts entgegengestanden haben, einen der Klageforderung entsprechenden Betrag aufzurechnen und demgemäß unter Abänderung des ersten Urtheils zugleich auf Zurückweisung der Klage zu erkennen. Dies ist der eine Weg, auf welchem der Berufungsrichter zu einer Anwendung des § 538 Nr. 3 hätte gelangen können; wäre so, also unter gleichzeitiger Abweisung der Klage, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückgelangt, so hätte dieses nunmehr feststellen müssen, in welcher Höhe der Ersatzanspruch des Widerklägers nach Abrechnung des durch Kompensation auf die Klageforderung ihm bereits zuerkannten Betrags noch besteht. Wie aber der erste Richter auf die Widerklage entscheiden soll, wenn es bei dem angefochtenen Urtheile verbleibt, ist mehr als zweifelhaft, weil er nicht in der Lage ist, auf die Klageforderung, über die er bereits erkannt hat und die nunmehr in zweiter Instanz anhängig ist, eine Aufrechnung auszusprechen. Die Anwendung des § 538 Nr. 3 darf in Fällen wie dem vorliegenden, wenn nämlich über die Widerklage erst erkannt werden kann, nachdem die Klageforderung festgestellt ist, nicht dahin führen, die Entscheidung über die Klage der zweiten Instanz vorzubehalten, und die Entscheidung über den Betrag der Widerklage in die erste Instanz zurückzuverlegen. Vermieden wird eine solche Trennung in zwei Instanzen freilich auch dann, wenn Klage und Widerklage gleichzeitig in die erste Instanz zurückverwiesen werden. Daß dies zulässig, und daß unter Umständen die Zurückverweisung der Sache zur Entscheidung über die Widerklage die nothwendige Folge der Zurückverweisung der Sache zur Entscheidung über die Klage ist, hat das RG. bereits ausgesprochen. Auch diesen Weg hätte der Berufungsrichter beschreiten können.

c) Hiergegen Simons, Gruchots Beitr. 46 99: Die Zurückverweisung hat zu erfolgen, sowohl wenn es sich um einen Klage-, wie auch wenn es sich um einen Widerklageanspruch handelt, dagegen nicht hinsichtlich einer einredeweise zur Aufrechnung gestellten Forderung, da diese kein Anspruch im Sinne der CPO. ist. Dies hat das RG. verschiedentlich angenommen und zwar auch für den Fall, daß die Gegenforderung bis zur Höhe der Klageforderung im Wege der Einrede zwecks Aufrechnung und darüber hinaus im Wege der Widerklage geltend gemacht wird. Durch das vorstehende Urtheil vom 9. 1. 01 hat jedoch das RG. in einem solchen Falle die gleichzeitige Zurückverweisung von Klage und Widerklage für zulässig erklärt. Die Begründung, die auf ein anderes Urtheil des RG. (oben II) Bezug nimmt, erscheint unzulänglich. Da aber anderenfalls die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die Instanz, an die zurückverwiesen wird, anders entscheidet als die Berufungsinstanz hinsichtlich des der Zurückverweisung entzogenen Theiles einer Forderung, so erscheint eine gesetzliche Bestimmung geboten, die klar ausspricht, daß die Zurückverweisung erfolgen muß, wenn im

Falle eines nach Grund und Betrag streitigen, durch Klage, Widerklage oder im Wege der Aufrechnung geltend gemachten Anspruchs durch das angefochtene Urtheil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden, oder, — weil der Anspruch dem Grunde nach nicht für gerechtfertigt erklärt ist, — die Klage abgewiesen oder die Gegenforderung als nicht bestehend erachtet worden ist. Dieser Vorschlag umfaßt auch den Fall, daß die Gegenforderung lediglich als Einrede vorgebracht wird, da auch dafür das Prinzip zutrifft, den gesammten Prozeßstoff zunächst in erster Instanz entscheiden zu lassen.

d) Hierzu ferner Eichhorn, DJZ. **00** 476 ff.: α. **Das Berufungsgericht** kann die Zurückverweisung an die erste Instanz erst dann aussprechen, wenn es den Klagegrund für gerechtfertigt hält. Es hat daher selbst die Beweise zu erheben.

β. In dem Falle, in dem die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß der Grund für gerechtfertigt erachtet wird, vor dem 1. 1. 00 erlassen, aber erst nach dem 1. 1. 00 rechtskräftig geworden ist, ist die Zurückverweisung an die erste Instanz durch Ergänzungsurtheil auszusprechen.

γ. Hat das Berufungsgericht schon Beweiserhebung über den Betrag veranlaßt und hat diese nach dem 1. 1. 00 dahin geführt, daß die Sache zur Entscheidung reif ist, so findet eine Zurückverweisung nicht statt, da die Parteien, als Klage erhoben wurde, ein Recht auf zwei Instanzen nicht hatten.

δ. Wird in dieser Prozeßlage ein Antrag auf Zurückverweisung gestellt, so ist eine Abweisung desselben nicht durch stillschweigenden Beschluß, der in dem weiteren Beweisbeschlusse liegt, zulässig; es muß ein besonderer, zu begründender Beschluß ergehen.

§ 539. 1. Die Abnahme eines durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig, wenn auch etwa unter Verstoß gegen § 288 auferlegten Eides begründet nicht einen die Zurückverweisung rechtfertigenden wesentlichen Mangel des Verfahrens. Rönneberg, Eidesbeweis, Buschs Z. **28** 79 ff.

2. Bei einem mangelhaften, die Prüfung des angefochtenen Urtheils nicht gehörig ermöglichenden Thatbestande liegt nicht ein Mangel der Urtheilsfindung, sondern ein solcher des Verfahrens vor. RG. JW. **00** 412.

3. Die Uebergehung eines Klagegrundes in den Entscheidungsgründen enthält einen wesentlichen Mangel des Verfahrens, der schon zur Wahrung eines vollständigen Instanzenzugs die Zurückverweisung rechtfertigt. OLG. **1** 463 (KG).

4. Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens liegt vor, wenn die Vorschriften der CPO. über das Beweisaufnahmeverfahren verletzt sind, z. B. wenn das Gericht sich bei einem angeordneten Urkundenbeweise nur mit einer Vorlegung der Urkunden begnügt hat, statt die betreffenden Urkunden mündlich vortragen zu lassen. OLG. **1** 335 (KG.).

§§ 540, 541. Vgl. Schultze zu § 529 Abs. 2.

§ 540. Ein Vorbehalt ist im Urtheile nicht aufzunehmen, wenn Beklagter vor Erlaß des Urtheils freiwillig bezahlt hat. OLG. **5** 90 (Hamb.).

§ 541. 1. Im Nachverfahren behalten die Parteien ihre bisherigen Parteirollen, auch für den Fall des Versäumnißverfahrens. Bleibt der Kläger aus, so wird auf Antrag die Klage abgewiesen, aber nur wegen der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel; bleibt der Beklagte aus, so wird das ergangene Urtheil durch Versäumnißurtheil aufrecht erhalten, weil die vorbehaltenen Vertheidigungsmittel mangels eines Vortrags nicht berücksichtigt werden können. Marwitz, Urtheil 68.

2. Abs. 2. Stein bemerkt zu § 541 Abs. 2 Satz 3: Was die Vorschrift, daß „der Anspruch auf Erstattung als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen" ist, neben dem Schlußsatze für einen praktischen

Werth haben soll, bleibt dunkel. Es ist an die prozessualischen Wirkungen der Rechtshängigkeit gedacht. Sie können aber nicht in Frage kommen. Der angeführte Satz ist also „ohne jede praktische oder theoretische Bedeutung, es sind Worte ohne Inhalt, die in einem Gesetze nicht stehen sollten". Gaupp-Stein zu § 541 II 2.

§ 542. 1. Auch dann, wenn die Berufung nach § 535 Satz 2 als unzulässig zu verwerfen ist und der Berufungskläger säumig ist, ist Versäumnißurtheil zu erlassen. **RG. 50** 384, DJZ. **02** 141.

2. Der Berufungsbeklagte, der beim Nichterscheinen des Berufungsklägers Zurückweisung der Berufung durch Versäumnißurtheil beantragt, muß die geschehene Zustellung des erstinstanzlichen Urtheils nachweisen.

Dieser Beweis kann auch in anderer Weise als durch Vorlegung der Zustellungsurkunde erfolgen. Er ist geführt, wenn der Berufungskläger selbst in der Berufungsschrift den betreffenden Tag als Tag der Zustellung angiebt. **RG. 46** 372; **RG.** BadRpr. **01** 158.

Zweiter Abschnitt.

Revision.

§ 545. 1. Die Unzulässigkeit der Revision, wenn der Mangel ohne Aufhebung des angefochtenen Urtheils verbessert werden kann, spricht aus **RG.** JW. **02** 93.

2. Auch dann liegt ein in der Berufungsinstanz erlassenes Endurtheil vor, wenn das Berufungsgericht als Gericht der Hauptsache den Arrest angeordnet hat, alsdann aber nach § 927 Abs. 2 den Arrest durch Endurtheil aufgehoben hat. **RG. 50** 342.

3. In der Revisionsinstanz ist die Trennung des Prozeßstoffes im Sinne von § 145 ausgeschlossen. Hübler, Trennungsbefugniß 21.

§ 546. 1. „Vermögensrechtliche" Ansprüche.

a) Der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs ist im Gesetze nicht definirt. Zu verstehen sind darunter zunächst alle Ansprüche und Rechtsverhältnisse aus Vermögensrechten, dann aber auch Ansprüche aus nicht vermögensrechtlichen Verhältnissen, sofern sie eine vermögensrechtliche Leistung zum Gegenstande haben. Werden solche zugleich mit dieselben begründenden nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen verfolgt, so kommt es, wenn die Entscheidung in beiden Richtungen mit der Revision angefochten wird, für deren Zulässigkeit in Ansehung der vermögensrechtlichen Ansprüche allerdings nicht darauf an, ob die Revisionssumme vorhanden ist, da wegen ihres Zusammenhanges mit einem diesem Erfordernisse nicht unterliegenden Anspruche die Revision auch für sie zulässig ist. **RG.** DJZ. **01** 97.

b) (HGB. § 37.) Die zur Vertheidigung des Firmenrechts aus § 37 Abs. 2 HGB. erhobene Klage hat einen dem Erwerbsinteresse des Klägers dienenden, also vermögensrechtlichen Anspruch zum Gegenstand und kann daher nur unter den Voraussetzungen des § 546 Abs. 1 in die Revisionsinstanz gelangen. **RG.** JW. **01** 652.

c) Vermögensrechtlich ist weiter der Anspruch auf ein Zeugniß gemäß § 73 HGB. **RG.** JW. **02** 362, DJZ. **02** 384.

d) Gegen Entscheidungen über das Getrenntleben der Ehegatten während der Dauer des Ehescheidungsprozesses (§ 627) ist Revision stets zulässig, auch wenn gleichzeitig über Zahlung von Alimenten und Herausgabe von Sachen erkannt ist, weil der den Hauptanspruch bildende Anspruch auf Getrenntleben nicht vermögensrechtlich ist. **RG. 46** 382, JW. **00** 601 (797).

e) Nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts sind nur solche Ansprüche als nicht vermögensrechtlich anzusehen, die dem Familienrecht angehören und nicht auf eine Leistung von Geld oder Geldeswerth gerichtet sind. Einen vermögensrechtlichen Anspruch betrifft auch die Unterlassungsklage aus § 1 Unl.-Wettb.G. Unl.Wettbew. **1** 127.

f) Bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen ist die Revision unbeschränkt zulässig. **RG.** JW. **02** 93; **RG. 46** 382.

2. Beschwerdegegenstand.

a) Der Beschwerdegegenstand kann sich mit dem Streitwerthe decken oder kleiner sein, niemals aber einen größeren Umfang haben. Daher ist die Revision unzulässig, wenn das Interesse des Beklagten an Abweisung der Klage, die einen geringeren Streitwerth als 1500 M. hat, diesen Betrag übersteigt. **RG. 47** 420, JW. **01** 80; **RG.** JW. **02** 391.

b) Es ist nicht unerheblich für die Bewerthung des Beschwerdegegenstandes, wenn die Partei selbst in den Vorinstanzen den Werth auf weniger als 1500 M. angegeben hat. **RG.** JW. **02** 131.

c) Will eine Partei, um die Revision zu ermöglichen, ihre frühere Angabe des Streitwerths berichtigen, so bedarf es „der Beibringung von Gutachten", aus dem sich überzeugend ergiebt, daß die Partei den Werth aus Irrthum zu niedrig angegeben hatte. **RG.** JW. **02** 132.

d) Für die Werthsberechnung der Revisionssumme tritt an die Stelle der Erhebung der Klage der Zeitpunkt der Einlegung der Revision. **RG.** JW. **00** 437.

e) Ebenso **RG.** JW. **02** 313 für Feststellungsklagen: Der Werth des Beschwerdegegenstandes bemißt sich nicht nach dem Interesse, das der Kläger zur Zeit der Klagerhebung an der beantragten Feststellung hatte, sondern nach der Höhe des Interesses, das der Beklagte zur Zeit der Einlegung der Revision daran hatte, daß das Berufungsurtheil aufgehoben und nach seinem Antrag auf Abweisung der Klage erkannt werde.

f) Die Revision ist unzulässig, wenn zwar der Antrag inhaltlich den Werth von 1500 M. übersteigt, dem Kläger aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weniger als 1500 M. zugesprochen werden müßte. **RG.** JW. **02** 94.

g) Wenn die Revision sich auf einen prinzipalen und einen eventuellen Antrag erstreckt, so genügt es, daß der prinzipale revisionsfähig ist. **RG.** JW. **02** 130.

h) Bei Berechnung der Revisionssumme ist auch der Streitwerth eines anderen Prozesses mit in Ansatz zu bringen, falls das Revisionsurtheil Rechtskraft auch für diesen Prozeß machen würde. **RG.** JW. **01** 651.

i) Die Revision ist zulässig, wenn das Urtheil nur wegen der Entscheidung über die 1500 M. übersteigende Nebenforderung (Zinsen) angefochten wird; der § 4 kommt hier nicht in Frage. **RG. 47** 256.

k) Die erforderliche, den einzelnen Sachen fehlende Revisionssumme kann durch Verbindung gemäß § 147 geschaffen werden. **RG.** JW. **00** 510.

l) Die Beschwerdewerthe sind nicht zusammenzurechnen, wenn von zwei Klägern der eine nur wegen Abweisung seiner Klage, der andere nur wegen seiner Verurtheilung auf die gegen ihn allein erhobene Widerklage Revision eingelegt hat. **RG. 46** 397.

3. Abs. 2. a) § 5 Halbs. 2 ist für Berechnung der Revisionssumme ohne Bedeutung. Wenn sich dieselbe Partei sowohl zur Klage als zur Widerklage beschwert erachtet, muß Zusammenrechnung stattfinden. **RG. 46** 397, Seuff. A. **56** 34.

b) Bei Revision mehrerer Streitgenossen sind die Beschwerdesummen zusammenzurechnen, auch wenn die Beschwerden verschiedene Ansprüche betreffen. **RG. 46** 397, Seuff. A. **56** 34.

c) Das Berufungsgericht kann nicht durch Zerlegung des Urtheils in mehrere Theile die Zulässigkeit der Revision ausschließen (Gericht erster Instanz hatte gemäß § 145 verbunden, Gericht zweiter Instanz nur zum Zwecke der Urtheilsfällung wieder getrennt). **RG. 49** 401.

d) Bei streitigen wiederkehrenden Leistungen ist der Beschwerdegegenstand nach § 9 CPO., nicht nach § 9a Abs. 2 GKG. festzusetzen. **RG.** JW. **00** 413.

§ 547. 1. Beruht eine Entscheidung auf doppelter Begründung und ist nur in Beziehung auf die eine Begründung ohne Rücksicht auf den Beschwerdegegenstand die Revision zulässig, so hat das Revisionsgericht die Sache auch nur insoweit zu prüfen. **RG.** JW. **00** 494.

2. Nr. 1. a) Um die „Unzulässigkeit des Rechtswegs" handelt es sich nur dann, wenn der Rechtsweg durch gesetzliche Vorschriften im öffentlichen Interesse, nicht auch, wenn er durch vertragsmäßige Unterwerfung unter ein Schiedsgericht ausgeschlossen ist. **RG.** JW. **00** 750.

b) Es muß angenommen werden, daß mit dem Ausdrucke „Unzulässigkeit der Berufung" nicht nur die Unzulässigkeit des vom Berufungskläger eingelegten Rechtsmittels, sondern auch die Unzulässigkeit der vom Berufungsbeklagten erklärten Anschließung gemeint ist. **RG. 46** 415.

3. Nr. 2. a) Im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Fiskus, die sich auf Verletzung von Vertragspflichten des Fiskus durch Staatsbeamte stützt, findet die Revision nicht ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes statt. Ob sich das in erster Instanz mit dem Rechtsstreite befaßt gewesene Landgericht irrthümlich für sachlich zuständig erachtet, ist für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels ohne Bedeutung. **RG. 46** 340.

b) Unbedingt zulässig ist in Preußen die Revision bei einer Klage gegen den Ortssteuererheber einer Provinzial-Land-Feuersozietät wegen unrichtiger Steuererhebung. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1087.

c) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Revision können nicht daraus hergeleitet werden, daß der Beklagte (§ 70 Abs. 3 GVG.) inzwischen sein Amt niedergelegt hat. **RG.** JW. **02** 391.

§ 549. 1. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte nach dem BGB. unterliegt der Revision. Danz, DJZ. **00** 64 f.

2. Die Frage, ob die Vorentscheidung eine Rechtsnorm verletzt, muß vom Standpunkte des zur Zeit der Verkündung der Vorentscheidung geltenden Rechtes beurtheilt werden. Das inzwischen in Kraft getretene Recht kann vom Revisionsgerichte nicht angewendet werden. **RG.** JW. **00** 148.

3. §§ 549 und 562. a) Hat das Berufungsgericht allgemeine Rechtsgrundsätze revisibler Rechtsnormen deshalb nicht angewendet, weil es die besonderen Grundsätze nicht revisibler Rechtsnormen für maßgebend hielt, so ist die Entscheidung der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen, ob es sich nun bei dieser Nachprüfung um die Frage der richtigen Anwendung der nicht revisiblen Rechtsnormen oder um die der Nichtanwendbarkeit der revisiblen handelt, denn die Prüfung der letzteren Frage setzt die vorherige Prüfung der Anwendbarkeit der nicht revisiblen Rechtsnormen voraus, welche dem Revisionsgericht entzogen ist. **RG.** JW. **01** 252.

b) Sind Rechtsnormen nicht revisibel, so sind sie, sowohl soweit sie zu Unrecht angewendet, als auch soweit sie zu Unrecht nicht angewendet sein sollen, der Nachprüfung der Revisionsinstanz entzogen. **RG.** JW. **01** 122, Gruchots Beitr. **45** 1144.

3. Die Frage, ob für ein gemeinrechtliches Gebiet ein partikuläres Gewohnheitsrecht mit Recht als bestehend angenommen oder verneint worden ist, ist in der Revisionsinstanz nur soweit nachzuprüfen, ob die Grundsätze des gemeinen Rechtes vom Gewohnheitsrechte verletzt seien, im Uebrigen aber als irrevisibel zu behandeln. **RG.** JW. **01** 652.

4. Nicht revisibel sind Verletzungen: a) der Hausgesetze des hohen Adels. **RG.** JW. **02** 422; Seuff. Bl. **01** 422 (BayrObLG.); b) des — mit Gesetzeskraft lediglich für die „Kurmark" — erlassenen Preußischen Publikandums vom 28. Sept. 1772, da es nicht für den ganzen Umfang zweier preußischer Provinzen gesetzliche Geltung hat. **RG.** JW. **02** 314.

§ 550. 1. Auch die Ordnungsvorschriften sind Rechtsnormen im Sinne des § 550. OLG. **3** 185 (BayrObLG.).

2. Statuten einer Gesellschaft sind keine Rechtsnormen im Sinne des § 550. **RG.** JW. **02** 131.

3. Es ist ein Verstoß gegen geltende Rechtsnormen, wenn über die Grenze zulässiger Vertragsauslegung hinausgegangen wird. **RG.** JW. **02** 132.

§ 551. 1. Nr. 4. (563.) Im Sinne des G. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält die Entscheidung einer Civilkammer an Stelle der nach § 30 Abs. 1 berufenen Kammer für Handelssachen einen Verstoß gegen Zuständigkeitsnormen, der unter § 551 Nr. 4 fällt. Die Stellung der Kammern für Handelssachen gegenüber den Civilkammern ist hier eine andere als auf dem Gebiete des Civilprozesses. **RG.** JW. **01** 202. Entgegengesetzt OLG. **1** 52 (Stuttg.). Für den Civilprozeß vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **27** 765.

2. Nr. 6. Die Bestimmung greift nicht bloß dann Platz, wenn die Oeffentlicheit unter Verletzung prozeßrechtlicher Normen ausgeschlossen worden ist, sondern auch dann, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, bei der die Oeffentlichkeit nach Vorschrift der Gesetze ausgeschlossen werden mußte, aber nicht ausgeschlossen worden ist. **RG.** JW. **02** 529.

3. Nr. 7. Das Berufungsgericht, das von der Auslegung, die das Landgericht den zwischen den Parteien gewechselten Erklärungen giebt, abweicht, braucht nicht auf jede einzelne Erwägung ausdrücklich einzugehen. Es genügt, wenn es seine eigene Auslegung hinreichend begründet. **RG.** JW. **01** 252.

§ 552. Ist in der Berufungsinstanz ein Urtheil und sodann noch ein Ergänzungsurtheil ergangen, und ergiebt sich in der Revisionsinstanz, daß durch das erste Urtheil bereits über die Hauptsache in vollem Umfang erkannt und die Revision gegen dasselbe verspätet eingelegt war, so ist mit dem Ergänzungsurtheil auch die gegen dasselbe eingelegte Revision gegenstandslos und wie die verspätete zurückzuweisen. **RG.** JW. **01** 207.

§ 559. Hat das Berufungsgericht zu Unrecht den Prozeß in die erste Instanz zurückverwiesen, und verlangt die Revisionsschrift Entscheidung in der Sache selbst, ohne sich besonders über die Zurückverweisung zu beschweren, so gilt auch die Zurückverweisung als Gegenstand der Beschwerde. **RG.** JW. **01** 457.

§ 561. 1. Die Frage, ob eine Anfechtungserklärung (BGB. § 121) unverzüglich erfolgt sei, unterliegt der Prüfung des Revisionsgerichts Verschulden ist ein Rechtsbegriff. **RG. 49** 392

2. Ob eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten im § 1568 BGB. schwer ist oder nicht, ist thatsächliche Feststellung und deshalb der Revision entzogen. **RG.** JW. **00** 726, **01** 596.

3. (BGB. § 1567). Die Jahresfrist des § 1567 BGB. muß spätestens bei Erlaß des Berufungsurtheils abgelaufen sein; das Revisionsgericht darf den später erfolgten Ablauf der Jahresfrist nicht berücksichtigen. **RG.** JW. **01** 322.

4. Das Revisionsgericht ist an die Auslegung, die das Berufungsgericht einem rechtskräftigen Urtheile giebt, nicht gebunden. **RG.** JW. **02** 394.

5. Das Revisionsgericht ist selbständig zu der Nachprüfung berechtigt, welcher Sinn und welche Bedeutung den in der Klageschrift aufgestellten Behauptungen für die Beurtheilung der Zuständigkeitsfrage beizumessen ist. **RG.** JW. **02** 272.

§ 562. 1. Ueber Feststellung eines partikulären Gewohnheitsrechts seitens des Berufungsgerichts vgl. **RG.** JW. **02** 94

2. Abs. 2. a) Das Berufungsgericht ist an seine frühere rechtliche und thatsächliche Auffassung und Beurtheilung nicht gebunden. **RG.** JW. **00 442, 02** 253.

b) Ein neues Vorbringen hat das Berufungsgericht zu berücksichtigen. Insoweit ist es durch das reichsgerichtliche Urtheil nicht gebunden. **RG.** JW. **00** 442; **02** 95.

3. Abs. 3. Endentscheidung ist auch die Vorabentscheidung nach § 304. Es hat alsdann nach § 538 Abs. 1 Nr. 3 Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz zu erfolgen. **RG. 50** 219.

Dritter Abschnitt.

Beschwerde.

§ 567. 1. Abs. 1. In dem bloßen Widerspruche gegen einen von der Gegenpartei gestellten, das Verfahren betreffenden Antrag kann, auch wenn dieser Widerspruch in die Form eines Antrags gekleidet wird, kein das Verfahren betreffendes Gesuch im Sinne des § 567 Abs. 1 CPO gefunden werden. **RG. 46** 366.

2. Für zulässig wurde die Beschwerde erachtet:

a) gegen das auf § 715 gestützte Gesuch auf Rückgabe einer geleisteten Sicherheit gemäß § 567. **RG. 47** 364, JW. **00** 752.

b) gegen den Beschluß, der die Eidesabnahme ablehnt, weil das Verfahren noch nicht rechtskräftig sei, gemäß § 252 (nicht gemäß § 567, da mündliche Verhandlung erforderlich ist). OLG. 3 148 (KG.).

3. Unzuläßig ist die Beschwerde erachtet worden:

a) falls sie sich lediglich darauf stützt, daß eine andere Form der Entscheidung geboten war. **RG.** JW. **02** 90;

b) gegen die Ablehnung des auf Erlassung eines Zwischenurtheils gerichteten Antrags. **RG.** JW. **02** 91;

c) gegen die Zurückweisung des Antrags auf Vollstreckbarkeitserklärung des landgerichtlichen Urtheils, da sie mündliche Verhandlung gemäß §§ 414, 418 CPO. voraussetzt und unter den mit der Beschwerde anfechtbaren in der CPO. nicht besonders aufgezählt ist. **RG.** JW. **01** 402;

d) gegen einen Beschluß des Gerichts, durch den der Gerichtsschreiber angewiesen wird, ein Rechtskraftzeugniß zu ertheilen. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1152;

e) gegen die Anordnung, daß über einen Antrag auf einstweilige Verfügung (§ 937) mündlich zu verhandeln sei. Die Voraussetzungen, von denen nach § 567 die Zulässigkeit der Beschwerde abhängig ist, liegen nicht vor. Während über ein Arrestgesuch nach § 921 in der Regel durch Beschluß zu befinden ist, bildet bei dem Verfahren, betreffend einstweilige Verfügungen, vorgängige mündliche Verhandlung die Regel; ohne eine solche kann die Entscheidung nach § 937

nur in dringenden Fällen erfolgen. Nach dem Wortlaute dieser Vorschrift ist es in das freie Ermessen des Gerichts gestellt, im Einzelfalle, selbst wenn Dringlichkeit vorliegt, zu bestimmen, ob der Entscheidung über die beantragte Verfügung eine mündliche Verhandlung vorauszugehen hat oder nicht. Der Antragsteller hat kein Recht darauf, daß die Entscheidung über sein Gesuch im Wege des Beschlußverfahrens erfolgt (gegen OLG. Breslau, Buschs Z. **21** 505). OLG. **5** 326 (KG.);

f) gegen die an sich unzulässige Terminsverlegung. Hier ist Anrufung der Justizaufsicht der gegebene Rechtsbehelf. Seuff. A. **56** 30 (Hamb.). Gegen die Vertagung einer Verhandlung OLG. Frankfurt, R. **02** 591;

g) gegen die Rückgängigmachung eines Beweisbeschlusses, da über die Frage, ob einem Beweisantrage der Partei stattzugeben sei oder nicht, immer nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung entschieden werden kann. Sächs. OLG. **23** 285;

i) gegen einen Beschluß, der dem Gesetze zuwider ohne mündliche Verhandlung ergangen ist. **RG.** JW. **01** 721; 801;

k) gegen einen lediglich mündlichen Bescheid auf einen mündlich vorgebrachten Wunsch. Erforderniß einer anfechtbaren richterlichen Entscheidung ist, daß sie durch Niederschrift dauernd in die äußere Erscheinung getreten ist. OLG. Frankfurt, R. **02** 267, 560.

4. Abs. 2. a) Die Beschwerdesumme im Sinne des § 567 Abs. 2 wird bestimmt durch die Differenz zwischen dem Betrage, der den Gegenstand der angefochtenen Entscheidung bildete, und demjenigen Betrage, der durch die angefochtene Entscheidung zu- bzw. aberkannt wurde. **RG.** JW. **02** 363.

b) Die Beschwerdesumme hat als einheitlicher prozessualer Begriff im § 567 Abs. 2 dieselbe Bedeutung wie im § 546 Abs. 1. (Es kommt deshalb die Kostenfestsetzungsgebühr des Anwalts bei Berechnung der Beschwerdesumme nicht mit in Anrechnung.) **RG** JW. **02** 181.

c) Die Vorschrift bezieht sich auch auf Berichtigungsbeschlüsse des Berufungsgerichts nach § 319, sofern sie lediglich den Kostenpunkt des Urtheils betreffen. **RG. 47** 361.

d) Sie bezieht sich auf alle Beschlüsse, die materiell nur die Prozeßkosten betreffen, und ist nicht auf die im Entwurfe der Novelle von 1898 erwähnten Fälle der §§ 99 Abs. 3, 103 Abs. 1, 105 Abs. 4, 107 Abs. 3 zu beschränken. **RG. 49** 386.

e) Sie gilt auch für eine Beschwerde gegen eine Festsetzung von Zeugengebühren durch einen beauftragten Richter des Oberlandesgerichts. **RG.** Seuff. A. **56** 470.

f) Sie findet Anwendung auch auf die Entscheidungen, durch die gemäß § 89 Abs. 1 Satz 3 CPO. dem einstweilen Zugelassenen die Kosten auferlegt werden. **RG.** R. **02** 214.

g) Die Beschränkung des § 567 Abs. 2 ist auf Beschwerden gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts auf Grund des § 102 nicht anwendbar. **RG.** JW. **00** 587; **01** 835.

h) § 567 Abs. 2 findet nach § 16 Abs. 2 GKG. und § 12 GO. f. Rechtsanw. auf Beschwerden Anwendung, die sich auf Festsetzung des Streitwerths beziehen. **RG.** JW. **00** 590.

i) Die Beschwerdesumme des § 567 Abs. 2 ist für die sofortige Beschwerde gegen jeden von zwei, wenn auch in demselben Verfahren ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlüssen bzw. für die weitere Beschwerde gegen jede der auf die sofortige Beschwerde ergangenen Entscheidungen besonders zu berechnen. **RG.** JW. **00** 650.

k) Auf Beschwerden gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte, welche über die Kosten eines in der Hauptsache in erster Instanz erledigten Prozesses auf Beschwerde entscheiden, findet der § 567 Abs. 2 Anwendung. Dabei kommen als Prozeßkosten nur diejenigen Kosten in Betracht, über welche die erste Instanz erkannt hat, nicht die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem OLG. und nicht die Nebenkosten (im Sinne des § 4) des Kostenfestsetzungsverfahrens. **RG.** JW. **01** 329; **02** 90.

l) Im Falle der Erledigung der Hauptsache (§ 99 Abs. 3) sind bei der Berechnung der Beschwerdesumme nur die Kosten zu berücksichtigen, die bis zur Erledigung der Hauptsache erwachsen sind. **RG. 50** 368.

m) Bei Berechnung der Beschwerdesumme für die von einem Rechtsanwalt im eigenen Namen gegen einen in der Beschwerde-Instanz erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluß eingelegte weitere Beschwerde darf der Umstand, daß die Sache auch schon in der Berufungs-Instanz bei dem vorigen Beschwerdegericht anhängig gewesen ist und daß jener Rechtsanwalt nicht nur in der ersten Instanz, sondern auch in der Beschwerde-Instanz die Partei vertreten hat, nicht mit in Betracht gezogen werden. **RG. 46** 365.

n) Eine Zusammenrechnung der Beschwerdebeträge findet nur dann statt, wenn zwischen den Beschwerdeführern eine Streitgenossenschaft besteht.

Wenn der Anwalt der ersten Instanz und der Anwalt der Berufungsinstanz gleichzeitig eine auf Erhöhung des festgesetzten Werthes des Streitgegenstandes hinzielende Beschwerde erheben, so sind bei Bestimmung der Beschwerdesumme nach § 567 Abs. 2 die betreffenden Gebührendifferenzen der beiden Anwälte nicht zusammenzurechnen.

Wird eine Werthfestsetzung nur von der Partei mit dem Antrag auf Herabsetzung angefochten, so können die Anwälte, im Falle der Beschwerde der Partei stattgegeben wird, mit der Beschwerde gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts nicht auch die Erhöhung über den Betrag der ursprünglichen Werthfestsetzung hinaus beantragen. Ein solcher Antrag ist bei Bestimmung der Beschwerdesumme nach § 567 Abs. 2 nicht zu berücksichtigen. **RG.** JW. **02** 365, R. **02** 485.

o) Keine Zusammenrechnung der Beschwerdesummen, wenn gegen die Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes von dem beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten Beschwerde eingelegt wird. **RG. 51** 173.

§ 568. 1. Eine vor dem 1. Januar 1900 erlassene Entscheidung ist nur mit den in dem neuen Gesetze zulässigen Rechtsmitteln und nach den dort gegebenen Vorschriften anfechtbar. Ein wohlerworbenes Recht auf Entscheidung über die Richtigkeit erstinstanzlicher Urtheile giebt es nicht, da das Prozeßrecht öffentliches Recht ist, insoweit es den Instanzenzug regelt. Conrades, R. **00** 212 gegen Schönfeld eb. 139.

2. Abs. 2. Das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde findet nicht gegen jede abändernde Beschwerdeentscheidung statt, sondern in der Regel nur gegen solche Beschwerdeentscheidungen, gegen welche nach ihrem Inhalte die Beschwerde überhaupt zulässig ist. **RG.** JW. **00** 606; **01** 484.

3. Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen eine Kostenentscheidung ist nicht davon abhängig, daß auch in der Hauptsache, sofern dieselbe mit zur Entscheidung stände, ein Rechtsmittel gegeben wäre, sondern ist nur nach den Vorschriften der §§ 567, 568 zu beurtheilen. **RG.** JW. **01** 187.

4. Ein nur selbständiger Beschwerdegrund liegt in einer Verletzung der Rechtsnormen über das Verfahren durch das Beschwerdegericht. **RG.** JW. **02** 249.

5. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts enthält einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, auch wenn sie mit der erst angefochtenen Entscheidung im Er-

gebniß übereinstimmt, wenn sie unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten getroffen ist. OLG. **3** 511 (Königsb.). Ebenso OLG. Darmstadt, R. **01** 23. Anders BayrObLG. **2** 382.

6. Hierzu **RG.** JW. **02** 170: Nach der feststehenden Praxis des Reichsgerichts kommt es nicht darauf an, ob die für die weitere Beschwerde in Betracht kommenden Beschlüsse in der Begründung, sondern darauf, ob sie in der Sachentscheidung miteinander übereinstimmen.

7. Die Unterlassung einer Entscheidung über die Kosten bildet einen neuen selbständigen Beschwerdegrund. BayrObLG. **2** 524.

8. (§§ 765, 793.) Gegen einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts kann ein bisher nicht betheiligter Dritter, dessen Interessen durch den Beschluß verletzt werden, nicht sofortige Beschwerde, sondern nur Erinnerung nach § 766 verfolgen. Wird dies vom Landgericht übersehen und die Beschwerde, statt als unzulässig verworfen zu werden, als unbegründet zurückgewiesen, so liegt ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor, da durch die Entscheidung des Landgerichts dem Dritten eine Instanz entzogen wird. OLG. Braunschweig, R. **02** 615.

9. Kein neuer Beschwerdegrund:

a) Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist nicht schon dann gegeben, wenn in der Beschwerdeinstanz über einen neuen Rechtsbehelf der Partei und das entsprechende thatsächliche Vorbringen verhandelt und befunden worden ist, sofern nicht etwa eine unzulässige Suppeditirung nicht behaupteter Thatsachen stattgefunden hat oder erhebliche Anführungen unbeachtet geblieben sind. **RG.** JW. **02** 395.

b) Ein neuer Beschwerdegrund liegt nicht vor, wenn die Zurückweisung eines Gesuchs vom Landgericht auf Berücksichtigung thatsächlicher Umstände, vom Beschwerdegericht auf rechtliche Erwägungen gestützt ist. **RG.** JW. **01** 59.

c) Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund kann zwar auch bei äußerlicher Uebereinstimmung der erst- mit der zweitinstanzlichen Entscheidung vorhanden sein, so insbesondere, wenn letztere unter Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift ergangen ist. Eine solche Verletzung liegt aber nicht in der Nichterhebung der vom Beschwerdeführer angebotenen Beweise. OLG. **5** 328 (Dresden).

d) Kein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist gegeben, wenn das Beschwerdegericht auf die Beschwerdeschrift nicht mehr eingeht, sondern die Beschwerde lediglich mit den Worten zurückweist: „weil die angefochtene Entscheidung zutreffend begründet ist." OLG. Dresden. R. **01** 100.

10. Sind in einem Beschlusse, durch den das OLG. über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde entscheidet, einem Anwalte gemäß § 102 Kosten auferlegt, so bleiben bei Beantwortung der Frage, ob es sich bei der von dem Anwalt eingelegten Beschwerde um eine weitere Beschwerde im Sinne des § 568 Abs. 4 handele, die zwischen den Parteien ergangenen Entscheidungen außer Betracht, und die Zulässigkeit ist nicht durch die Bestimmung des § 567 Abs. 2 beschränkt. **RG.** JW **00** 647.

11. Abs. 3. a) Gegenstand der Beschwerde und Beschwerdesumme sind nicht identisch. Als Beschwerdesumme kann immer nur diejenige Summe betrachtet werden, welche der Beschwerdeführer — eventuell über den ihm zugesprochenen Betrag hinaus — verlangt. OLG. **1** 223 (Königsb.).

b) Bei der weiteren Beschwerde nach § 568 Abs. 3 sind für die Berechnung der Beschwerdesumme nur diejenigen Kosten maßgebend, über die die nach § 99 Abs. 3 angefochtene Entscheidung erkannt hat. Nicht mitzurechnen sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens und der auf Grund der abändernden Entscheidung erfolgten Kostenfestsetzung. Diese Kosten sind im Verhältnisse zu jenen erstinstanzlichen Kosten Nebenforderungen. Seuff. A. **56** 423 (Dresden).

12. Abs. 4. a) Wenn das Oberlandesgericht das Armenrechtsgesuch zwecks Einlegung der weiteren Beschwerde gegen einen landgerichtlichen Beschluß zurückweist, so ist gegen den ablehnenden Beschluß die Beschwerde an das Reichsgericht nicht zulässig. Das Gericht hat damit in seiner Eigenschaft als Gericht der weiteren Beschwerdeinstanz eine Entscheidung getroffen und im Sinne des § 568 Abs. 4 über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde entschieden. **RG.** JW. **01** 721.

b) Die Bestimmung in Abs. 4 betrifft auch die Fälle, in denen die weitere Beschwerde in Ermangelung eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes verworfen worden ist. **RG.** JW. **01** 354.

§ 569. 1. Die Einlegung der eventuellen Beschwerde gegen einen noch nicht erlassenen Beschluß ist, abgesehen von § 577 Abs. 4, unzulässig. **RG. 46** 418 (s. u. Ziff. 2 zu § 577).

2. Die Erklärung, daß Beschwerde erhoben werde, braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, es genügt, wenn sich aus dem Sinne des Schriftstücks ergiebt, daß der Erklärende sich durch eine bestimmte Entscheidung beschwert fühlt. Ist der Sinn der Erklärung zweifelhaft, so ist der Erklärende, z. B. unter Anwendung des § 573 Abs. 2 darüber zu befragen. OLG. **3** 147 (Bamberg).

3. Abs. 2. Beschwerden in den Sachen, die in erster Instanz bei einem Gericht anhängig sind, bei dem eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, unterliegen in allen Instanzen nicht dem Anwaltszwange. **RG. 50** 348.

4. (§ 12 GebO. f. Rechtsanw.) Der § 16 Abs. 2 GKG. ist weder unmittelbar noch im Wege der Analogie auf eine gemäß § 12 GebO. f. Rechtsanw. erhobene Beschwerde anwendbar. Die von einem beim Landgerichte zugelassenen Rechtsanwalt eigenen Namens gegen eine Beschwerde-Entscheidung des Oberlandesgerichts über Festsetzung des Streitwerths bei letzterem Gericht eingelegte weitere Beschwerde unterliegt daher dem Anwaltszwang und ist unzulässig, wenn sie nicht von einem beim Oberlandesgericht zugelassenen Anwalt unterzeichnet ist. **RG.** R. **02** 592.

5. a) Die Beschwerdeschrift muß, wenn sie bei dem Kollegialgerichte, dessen Entscheidung angefochten wird, eingelegt wird, durch einen bei diesem Gerichte zugelassenen Anwalt, und wenn sie bei dem Beschwerdegericht eingelegt wird, durch einen bei letzterem Gerichte zugelassenen Anwalt eingereicht werden. SächsOLG. **22** 532 (Dresden).

Dagegen OLG. Jena, ThürBl. **50** 107: Dem Anwaltszwang unterworfene Beschwerdeschriften können ohne Unterschied, ob sie bei dem beschwerenden Gericht als bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden, sowohl von einem bei diesem als von einem bei jenem Gerichte zugelassenen Anwalt unterzeichnet werden.

b) Die Unterschrift der Beschwerdeschrift seitens des Rechtsanwalts muß handschriftlich erfolgen. Faksimile oder auf einem sonstigen mechanischen Wege hergestellte Unterschrift genügen nicht. **RG. 46** 375; OLG. **2** 255 (KG.).

§ 570. 1. a) (460, 475, 477.) Die Auferlegung eines richterlichen Eides im Beschwerdeverfahren ist zum mindesten im Falle des § 99 Abs. 3 zulässig, denn dieses Verfahren steht sachlich mit demjenigen, welches durch ein Urtheil abschließt, auf völlig gleicher Stufe. **RG. 50** 368.

b) Ebenso OLG. **3** 148 (Hamb.). Im Beschwerdeverfahren ist die Eideszuschiebung und die Auferlegung eines richterlichen Eides uneingeschränkt zulässig, da § 570 neue Beweise unterschiedslos zuläßt.

Daraus, daß der richterliche und regelmäßig auch der zugeschobene Eid nach §§ 460, 477 Abs. 3 durch Urtheil aufzuerlegen sind, was im Beschwerdeverfahren

nicht möglich ist, kann kein Gegenargument hergeleitet werden. Denn die genannten Paragraphen befinden sich im dritten Buche, das von dem „Verfahren in erster Instanz" handelt, und sind daher zunächst nur für dieses Verfahren gegeben. Auf das Beschwerdeverfahren sind nicht wie auf das Berufungsverfahren (§ 523) die Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren ausgedehnt. Das Gericht ist daher in der Form des Beschwerdeverfahrens frei und kann die Vorschriften für die erste Instanz, einschließlich der über die Beweismittel, entsprechend anwenden.

2. Die Ablehnung eines Sachverständigen ist erst nach dessen Ernennung statthaft, und deshalb fehlt einem Beschlusse, der einen bereits vor der vermutheten Ernennung angebrachten Widerspruch als Ablehnung gegen die inzwischen geschehene Ernennung auffaßt und zurückweist, die prozeßordnungsmäßige Grundlage. Eine Rüge dieses Mangels kann jedoch nicht zur Aufhebung führen, wenn die Ernennung, als die Beschwerde eingelegt wurde, ordnungsmäßig erfolgt war. Denn alsdann liegen für das Beschwerdegericht die Voraussetzungen für den Eintritt in eine materielle Prüfung des Ablehnungsgesuchs vor, da dieses durch die Beschwerde erneut angebracht wurde und § 570 die Tragweite hat, daß in Beschwerdesachen auch neu entstandene Thatsachen zu berücksichtigen sind. **RG.** JW. **02** 359.

§ 571. Nach dem klaren Wortlaute des § 571 hat das Beschwerdegericht nur zu prüfen, ob die Beschwerde für begründet zu erachten ist, und in diesem Falle Abhülfe zu schaffen, ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels. OLG. 2 308 (Stettin).

§ 573. 1. Das Beschwerdegericht ist zur Mittheilung der zur Unterstützung von Beschwerdebehauptungen eingereichten Schriftstücke an den Gegner nicht verpflichtet. **RG.** JW. **01** 649, 650.

2. Entscheidet das Beschwerdegericht ohne vorgängige mündliche Verhandlung, so findet eine eigentliche Beweisaufnahme nicht statt, und es ist somit das Beschwerdegericht an die Vorschrift des § 557 nicht gebunden. Es steht in solchem Falle die Art und Weise, wie das Beschwerdegericht die weitere Aufklärung des Sachverhalts herbeiführt, in seinem freien richterlichen Ermessen. OLG. Dresden, Seuff. A. **57** 479.

§ 576. 1. Der § 576 findet Anwendung, wenn vom ersuchten Richter einem Sachverständigen wegen Nichterscheinens im Beweiserhebungstermin eine Ordnungsstrafe zuerkannt ist. Die Bestimmung unterscheidet nicht zwischen Strafverfügungen und Verfügungen über den Streit in der Hauptsache. OLG. **1** 241 (Bamberg).

2. Abs. 2. Diese Bestimmung hat zur Voraussetzung, daß eine Beschwerde überhaupt gegeben ist. **RG.** JW. **02** 253; OLG. **2** 303 (Stettin); **4** 361 (Hamburg).

Es ist daher gegen die gemäß Abs. 2 angerufene Entscheidung des Prozeßgerichts kein Beschwerderecht gegeben:

a) dem Gegner gegen den die Ertheilung des Rechtskraftzeugnisses anordnenden Beschluß, der, als nicht zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehörig, der Anfechtung aus § 793 nicht unterliegt. **RG.** JW. **01** 38;

b) gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts, durch welche die Ertheilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung bestätigt wird. Der § 793 ist nicht anwendbar; es handelt sich lediglich um die Vorbereitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens. OLG. **4** 361;

c) gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vor dem ersuchten Richter vorgelegten Frage, da die Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu erfolgen hat. OLG. **2** 303 (Stettin).

§ 577. 1. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde **kann vor der ordnungsmäßigen Zustellung** des anzufechtenden Beschlusses wirksam eingelegt **werden. RG. 46** 418; **50** 347.

2. Abs. 4. a) **Der Fall des Abs.** 4 ist **der einzige Fall der Zulassung einer Eventualbeschwerde. RG. 46** 418 (s. o. Ziff. 1 zu § 569).

b) **Die** sofortige **Beschwerde gegen eine** Entscheidung des **ersuchten Richters muß bei dem Prozeßgericht eingelegt** werden. Sächs. OLG. **22** 533 f. **(Dresden).**

c) Das Zeugniß über die **Rechtskraft** einer mittelst sofortiger **Beschwerde anfechtbaren** Entscheidung **ist vom Gerichtsschreiber** der **Instanz auszustellen, die die Entscheidung** erlassen **hat, nicht vom** Gerichtsschreiber der **Beschwerdeinstanz. Seuff. A. 57** 377 (Hamburg).

Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

---

§ 578. 1. In den Fällen von §§ 239, 242 CPO. ist der Nachfolger für das Wiederaufnahmeverfahren legitimiert. Bei Succession pendente lite (§ 265 CPO.) erstreckt sich die Befugniß des Vorgängers zur Fortführung des Prozesses auch auf die Wiederaufnahmeklage. Der Rechtsnachfolger kann weder aktiv noch passiv Partei sein; er kann sich aber als Nebenintervenient anschließen und auch als Nebenintervenient die Wiederaufnahmeklage erheben. Ist der Erwerber berechtigt, nach § 266 CPO. oder mit Zustimmung (§ 265 Abs. 2) den Rechtsstreit zu übernehmen, so ist er auch als Partei im Wiederaufnahmeverfahren legitimirt. In der Rechtsnachfolge post rem iudicatam kommen diese Grundsätze entsprechend zur Anwendung. Hellwig, Rechtskraft 180 ff.

2. Die Wiederaufnahmeklage führt zu einer Erneuerung des Verfahrens, soweit dieses von dem Wiederaufnahmegrunde betroffen wird (489). Die Abweisung der unbegründeten Wiederaufnahmeklage ist Verneinung des geltend gemachten Aufhebungsrechts. Ist die Aufhebung des ganzen Verfahrens erfolgt und die Hauptsache völlig von neuem verhandelt worden, so ist die Geltendmachung eines konkurrirenden Anfechtungsrechts ausgeschlossen. Blieb das frühere Verfahren theilweise maßgebend, so kann ein weitergehendes Anfechtungsrecht noch nachträglich geltend gemacht werden. Hellwig, Anspruch 489/490.

3. Die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage sind Bewirkungsklagen. Langheineken, Urtheilsanspruch 259 ff.

§ 579. Nr. 4. Zur Genehmigung im Sinne des § 579 Nr. 4 ist nicht erforderlich, daß der Nichtigkeitskläger volle und unzweifelhafte Kenntniß von der dem Gesetze nicht entsprechenden Vertretung hatte. Es genügt, daß er in Kenntniß der Sachlage und der sich aus ihr ergebenden Bedenken die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. **RG. JW. 00** 854.

§ 580. (s. z. § 463). 1. Die Restitutionsklage darf nicht benutzt werden, um Thatsachen geltend zu machen, die sich erst nach Erlaß der anzufechtenden Urtheile ereignet haben. **RG. JW. 01** 306.

2. Nr. 1. Der Offenbarungseid ist kein Parteieid im Sinne von § 580 Nr. 1. **RG. 46** 342, **JW. 00** 295.

3. Nr. 4. Die Vorschrift kann bei Verletzung der Eidespflicht Anwendung finden, falls Nr. 1 nicht anwendbar ist, z. B. im Falle eines falsch geleisteten Offenbarungseides. **RG. 46** 342.

4. Nr. 7. a) Die Bestimmung des § 580 Nr. 7 b CPO. bezieht sich nicht auf erst nach Rechtskraft entstandene Urkunden, sondern nur auf solche, deren Benutzung nur deshalb unterblieb, weil der Beweisführer ihr Vorhandensein ohne seine Schuld nicht kannte. Die Thatsachen dagegen, die durch solche Urkunden bewiesen werden sollen, brauchen nicht in dem früheren Verfahren schon vorgebracht zu sein. **RG. 48** 384, **JW. 01** 306.

b) (Pat.-Ges. v. 17. 4. 91 § 2.) Ist eine Patentbeschreibung während eines Prozesses amtlich herausgegeben worden, so ist sie gemäß § 2 des Patentgesetzes den öffentlichen Druckschriften gleichzustellen und daher für die Restitutionsklage des § 580 Nr. 7 b CPO. nicht als eine Urkunde anzusehen, die zeitweilig nicht bekannt, nicht auffindbar, verborgen oder sonst nicht benutzbar ist. **RG. 48** 375.

c) Abschrift gesetzlicher Bestimmungen eines ausländischen Rechtes ist keine Urkunde im Sinne von § 580 Nr. 7 b. Damit sind vielmehr nur solche Urkunden gemeint, durch welche Thatsachen bewiesen werden können, wie der Schlußsatz der Vorschrift („die betr. Thatsache") zeigt. **OLG. 2** 78 (Hamburg).

§ 582. 1. Die Restitution setzt voraus, daß die Partei ohne ihr Verschulden die betreffende Urkunde nicht benutzen konnte; auch der Mangel der zur Führung des Prozesses erforderlichen Rechtskenntniß ist ihr als Verschulden anzurechnen. Daß die Benutzung der Urkunde nicht möglich gewesen, hat die Partei zu beweisen, die die Restitution begehrt. **RG. JW. 00** 412.

2. Die Prüfung der Voraussetzungen der Restitutionsklage erfolgt von Amtswegen. Jedoch dürfen nur Thatsachen berücksichtigt werden, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind. **RG. 46** 342.

3. a) Hat ein Rechtsanwalt Prozeßvollmacht erster Instanz und wird er mit der Prüfung betraut, ob die Berufung einzulegen sei oder nicht, so wird sein Verschulden hinsichtlich der Nicht-Geltendmachung eines Restitutionsgrundes durch Einlegung der Berufung der Partei zugerechnet.

b) Eine Ausschließung mit den Restitutionsgründen des § 580 Nr. 1—5 nach § 582 setzt nicht voraus, daß während der Dauer des früheren Verfahrens eine rechtskräftige Verurtheilung, wie sie § 581 fordert, erfolgt war, auch nicht, daß die Geltendmachung des Restitutionsgrundes in dem früheren Verfahren mit absoluter Gewißheit zu einer anderen Entscheidung geführt hätte, es bedarf nur einer in dem früheren Verfahren vorhanden gewesenen begründeten Aussicht auf Erfolg. **RG. JW. 01** 33.

4. a) Es liegt ein Verschulden der Partei vor, wenn sie keine Berufung einlegt, obschon sie von der Leistung des Meineids überzeugt ist, und dessen Aufdeckung durch das eingeleitete Strafverfahren mit Sicherheit erwartete.

b) Restitutionsgrund ist die im § 580 Nr. 1—5 erwähnte strafbare Handlung, nicht die Verurtheilung. **Seuff. A. 56** 161 (Karlsruhe).

§ 586. Ist das zu sprechende Urtheil des Berufungsgerichts von dem Revisionsgerichte zum größten Theile bestätigt und nur wegen eines Theiles der Zinsansprüche Aufhebung und Zurückverweisung erfolgt, so ist über die zugesprochene Hauptsumme und Zinsen durch Theilurtheil rechtskräftig entschieden, und die Nothfrist für die Restitutionsklage gegen dasselbe beginnt — die Kenntniß gemäß § 586 Abs. 2 Satz 1 vorausgesetzt — trotz des Zusammenhanges des noch schwebenden Zinsanspruchs mit dem Gegenstande des Theilurtheils zu laufen. **RG. JW. 01** 286, 287.

§ 588. Die Spezialisirung des Aufhebungsrechts durch Angabe des Grundes erfolgt nicht in der mündlichen Verhandlung; die Angabe in der Klageschrift ist nur vorbereitend. Hellwig, Anspruch 490.

Fünftes Buch.
Urkunden- und Wechselprozeß.

1. Allgemeines. Die Wirkung der Entscheidung im Urkundenprozeß ist nicht nur die Vollstreckbarkeit, sondern auch Feststellungswirkung. Daher kann man hier nicht von einem summarischen Rechtsschutzanspruch als einer besonderen Art des Klagerechts reden. Hellwig, Anspruch 152.

2. Gegenstand des Urkundenprozesses ist in erster Linie ein summarischer Rechtsschutzanspruch, ein Recht auf vorbehaltweise Verurtheilung, ein Recht auf resolutiv-bedingte Verurtheilung, nicht ein resolutiv-bedingtes Recht auf Verurtheilung. Langheineken, Urtheilsanspruch 55 f., 59.

Mit jenem steht in Eventualverbindung ein ordentlicher Rechtsschutzanspruch, ein Recht auf vorbehaltlose Verurtheilung. Langheineken 57 ff.

§ 592. 1. Der Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau stellt sich nur als akzessorische Ergänzung dar. Es genügt, wenn der Gegenstand der Hauptklage sich für den Wechselprozeß eignet. **RG. 50** 51, JW. **02** 132.

2. Thatsachen, die zwar zur Begründung des Anspruchs dienen, die aber erst durch Einwendungen des Beklagten hervorgerufen worden sind, bedürfen keines urkundlichen Nachweises. OLG. **3** 351 (KG.).

3. Tauglich, im Urkundenprozesse verwendet zu werden, sind alle Urkunden, aus denen das Gericht nach den Beweisvorschriften der CPO. die volle Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsachen schöpfen könnte. Untauglich sind deshalb von einer Partei zu Zwecken der Beweisführung außergerichtlich erhobene schriftliche Erklärungen von Zeugen (sog. außergerichtliche oder private Zeugnisse im weiteren Sinne), weil ihnen nach §§ 286, 373 keine Beweiskraft zukommt. **RG. 49** 374.

4. Unter dem „Anspruche", dessen Begründungsthatsachen nach § 592 durch Urkunden bewiesen werden müssen, ist derjenige zu verstehen, der auf Grund der Sachlage zur Zeit der Erlassung des Urtheils geltend gemacht wird. Da die Klagerhebung als Kündigung wirkt, so wird der Urkundenprozeß, in dem eine Kündigung nicht urkundlich nachgewiesen ist, dadurch statthaft, daß seit der Klagezustellung die Kündigungsfrist abgelaufen ist. OLG. **2** 29 (KG.).

5. Ueber den Fall, daß der Domizilvermerk auf einem Wechsel durchstrichen ist, liegen hinsichtlich der Beweislast zwei Erkenntnisse des OLG. Dresden vor:

a) Ist der gedruckte Domizilvermerk durchstrichen und durch einen abweichenden geschriebenen ersetzt worden, so ist der Beklagte dafür beweispflichtig, daß der geschriebene Domizilvermerk gegen ihn nicht wirksam sei. SächsA. **11** 635.

b) Ist dagegen der geschriebene Domizilvermerk durchstrichen, so gehört in der Klage gegen den Akzeptanten zu den klagebegründenden und daher im Wechselprozesse durch Urkunden nachzuweisenden Thatsachen, daß entweder der Beklagte

der Durchstreichung zugestimmt hat oder daß die Durchstreichung schon vor der Akzeptation geschehen ist, oder daß der Vermerk erst nach der Akzeptation angebracht und wieder gestrichen worden ist. OLG. **3** 411.

§ 593. Abs. 2. 1. Satz 1. Die Beifügung des Wechselakzepts wird nicht durch die Abschrift des Wechsels im Protest ersetzt. OLG. **1** 170 (Köln).

2. Satz 2. a) Hat eine Partei im Urkundenprozesse die Frist des § 593 Abs. 2 Satz 2 nicht eingehalten, so kann sie Vertagung zwecks nachträglicher Zustellung unter Einhaltung der Frist nicht beanspruchen. Die Vorschriften im § 593 Abs. 2 sind zwingender Natur. **RG.** JW. **01** 159.

b) Die Auffassung, daß unter dem hier vorgesehenen „Termine" nur der erste Termin, in welchem eine Verhandlung stattfinde, bzw. der Beklagte das Fehlen der Urkunden zuerst geltend macht, zu verstehen sei, ist abzulehnen. Es handelt sich vielmehr um den Termin, der für die der Urtheilsfällung unmittelbar vorausgehende Verhandlung bestimmt ist. Durch nachträgliche Zustellung kann daher der Mangel geheilt werden. OLG. **1** 170 (Köln). Ebenso Gaupp-Stein, § 593 II. u. A.

§ 595. 1. Die Eigenart des Urkundenprozesses äußert sich u. A. darin, daß der Beklagte seine Einreden nur nach Maßgabe des § 595 beweisen darf. Das Urtheil entscheidet über das Hauptrecht provisorisch und über Vertheidigungsmittel nur insoweit endgültig, als sie sich schon in sich und nicht bloß wegen mangelnder Substantiirung als unbegründet darstellen. **RG.** JW. **00** 273, Gruchots Beitr. **45** 114.

2. Der § 595 Abs. 2 findet keine Anwendung auf die Legitimation des gesetzlichen Vertreters einer prozeßunfähigen Partei. **RG.** SächsA. **13** 213.

3. Auf die Unterlagen für einen Aussetzungsantrag nach § 149 findet § 595 Abs. 2 keine Anwendung. **RG.** JW. **01** 718.

§ 597. 1. Die Abweisung der Klage, als im Urkundenprozeß unstatthaft, ist regelmäßig Sachurtheil, also der materiellen Rechtskraft fähig. Langheineken, Urtheilsanspruch 60 Anm. 3.

2. Die an sich im Urkundenprozeß unstatthafte Klage kann auf Grund liquiden Vorbringens des Beklagten definitiv abgewiesen werden. OLG. 5 91 (Braunschw.).

§ 598. Der Beweis kann durch den Vertrag des Inhalts ergangener Straf- oder Civilprozeßakten erbracht werden, mindestens wenn die Akten vor dem Prozeßgericht ergangen sind. SächsOLG. **23** 547 (Dresden).

§ 599. I. 1. Den im Urkundenprozesse unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurtheilten Beklagten stehen, soweit nur der durch das Vorbehaltsurtheil zugebilligte Anspruch des Klägers in Betracht kommt, gegenüber dem für vorläufig vollstreckbar zu erklärenden bzw. erklärten Vorbehaltsurtheile lediglich die Schutzmittel zur Seite, welche die §§ 712 bis 719 CPO. in allen Fällen gewähren, in denen überhaupt die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils gegenständlich ist, während der Beklagte dem endgültig vollstreckbaren Vorbehaltsurtheile gegenüber ohne Schutz ist. Soweit aber auch ein Gegenanspruch des Beklagten in Betracht kommt, der diesem namentlich dann zweifellos zusteht, wenn in der Folge, d. h. im Nachverfahren, wirklich sich ergeben sollte, daß der im Vorbehaltsurtheile nur provisorisch bejahte materielle Anspruch des Klägers ungerechtfertigt und das Vorbehaltsurtheil daher aufzuheben ist, kann dieser Gegenanspruch durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Sinne der §§ 935 ff. CPO. geschützt werden, dahingehend, daß zur Sicherung des Anspruchs der status quo bezüglich der vollstreckbaren Schuld des Beklagten aus dem Vorbehaltsurtheil aufrechterhalten, also die Vollstreckung sistirt werde. Dieses Schutzmittel steht dem Beklagten zu gegenüber dem definitiv, wie dem nur vorläufig

vollstreckbaren Vorbehaltsurtheile; dem letzteren gegenüber sicherlich dann, wenn gegen das für vorläufig vollstreckbar erklärte Vorbehaltsurtheil ein Rechtsmittel, das in den meisten Fällen wohl aussichtslos sein wird, nicht eingelegt und daher § 719 nicht anwendbar ist. Gegen eine derartige einstweilige Verfügung, die also wohl zu unterscheiden ist von der hier nicht anwendbaren einstweiligen Anordnung im Sinne des § 769, ist nur Widerspruch nach § 924, nicht aber Beschwerde zulässig. Lipps, Seuff. Bl. **01** 44 ff.

2. Bei Abweisung der Klage ist dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte dann vorzubehalten, wenn die Abweisung wegen der Aufrechnung einer Gegenforderung erfolgt, denn damit ist die Klageforderung an sich für begründet erklärt worden. Wegen des Versäumnißurtheils im Nachverfahren s. Ziff. 1 zu § 541. Marwitz, Urtheil 56.

II. 1. Das Vorbehaltsurtheil hat nicht materiell nur die Bedeutung eines Zwischenurtheils. RG. **49** 162.

2. Das unter Vorbehalt der Rechte ergangene Wechselurtheil, welches nach § 599 Abs. 3 in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen ist, ist mit Eintritt der Rechtskraft endgültig vollstreckbar geworden. Die CPO. enthält keine Vorschriften, nach denen die Einstellung der aus einem solchen Urtheile betriebenen Zwangsvollstreckung mit Rücksicht auf die Fortsetzung des Verfahrens im ordentlichen Prozesse zugelassen wird. Insbesondere steht hier dem Beklagten der in der CPO. §§ 707, 712, 717, 719 vorgesehene Rechtsschutz nicht zur Seite, ebensowenig eine (direkte oder analoge) Anwendung der §§ 769, 770. Ausgeschlossen ist es weiter, die Hemmung der Zwangsvollstreckung auf dem Umweg einer einstweiligen Verfügung zu gestatten. RG. JW. **01** 722.

3. Das im Urkundenprozeß ergangene Urtheil ist für das Nachverfahren insoweit unanfechtbar, als es nicht auf der eigenthümlichen Beschränkung des Verfahrens im Urkundenprozesse beruht. Mithin ist das Urtheil bindend, insbesondere auch bezüglich der rechtlichen Beurtheilung der Schlüssigkeit des Klaganspruchs. RG. JW. **02** 217.

4. Es liegt keine kontradiktorische Verhandlung vor, wenn im Wechselprozesse der Beklagte nur beantragt, ihm die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten. OLG. **2** 269 (Marienw.).

5. Die Einrede mangelnder Aktivlegitimation kann noch im Nachverfahren erhoben werden. Es besteht insbesondere kein gesetzliches Hinderniß, das dem Beklagten verbieten würde, nach eingetretener Rechtskraft des Vorbehaltsurtheils im Nachverfahren einen Einwand aus der Thatsache herzuleiten, daß der Kläger nicht mehr Inhaber des Wechsels und zu einem Anspruche daher nicht mehr legitimirt sei. RG. **45** 429.

6. (§ 600.) Die Einrede der Rechtshängigkeit kann auch im Nachverfahren erhoben werden. RG. JW. **00** 472.

§ 600. I. Abs. 1. Das Nachverfahren beginnt erst nach Rechtskraft des Vorbehaltsurtheils und stets in erster Instanz. Langheineken, Urtheilsanspruch 61.

II. Abs. 2. 1. Die im Abs. 2 eingeführte unbedingte Entschädigungspflicht des Klägers steht im Widerspruche zu dem bisherigen Rechte und zu den Grundsätzen des BGB. über Schadensersatz (vgl. u. Ziff. I zu § 717). Ueberdies gefährdet sie den letzten in der CPO. noch übrig gebliebenen Rest einer sog. Wechselstrenge, welcher nach Beseitigung der in früheren Rechten vielfach geltenden kurzeren Rechtsmittelfristen und nach Einführung des zeitlich unbeschränkten Nachverfahrens nur noch in der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Verurtheilung bestand. Da der Verurtheilte nicht nur in der Berufungsinstanz des Wechsel-

prozesses, sondern auch in den Instanzen des beliebig hinauszuschiebenden Nachverfahrens neue, den Klägern völlig unbekannte Einwendungen (z. B. die Thatbestände einer dem Vormanne des Klägers gegenüber begründeten exc. doli) vorbringen kann, so stehen gerade dem verurtheilten Wechselschuldner zahlreichere und zeitlich unbeschränktere Mittel zur Verfügung, als irgend einem anderen Schuldner, seine definitive Verurtheilung hinauszuschleppen bzw. die stattgehabte zu beseitigen. Nach nunmehriger Einführung der unbedingten Entschädigungspflicht aus jeder Vollstreckung einer auf diese Weise später wieder beseitigten Verurtheilung ohne jede Rücksicht auf irgend welches Verschulden wird dem siegreichen Wechselgläubiger, wenn er ohne Risiko einer vielleicht umfassenden Schadensersatzpflicht vollstrecken will, nichts übrig bleiben, als nicht nur die Rechtskraft des Wechselurtheils abzuwarten, sondern auch selbst noch das Nachverfahren zu betreiben, um auch noch ein rechtskräftiges definitives Urtheil zu erstreiten. Schultze, Grünhuts 3. **28** 541 f. Vgl. im Uebrigen o. Note I zu § 529, insbes. auch über die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs und die Anwendung des § 254 BGB. u. Ziff. I zu § 717.

2. Im Nachverfahren können die im Urkundenprozesse bereits zurückgewiesenen Einreden nicht mehr vorgebracht werden, und zwar auch dann nicht, wenn die thatsächlichen Anführungen in einzelnen Punkten geändert werden. **RG.** SächsA. **13** 83, DJZ. **02** 384.

3. Zulässig sind dagegen die nur wegen mangelnder Substantiirung zurückgewiesenen Einreden. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 115, JW. **00** 273.

4. Ob die fragliche Einrede zur Zeit der Erlassung des Vorbehaltsurtheils bereits begründet war oder erst später entstanden ist, ist gleichgültig. **RG. 45** 429, JW. **00** 250.

§ 602. Ueber die Zulässigkeit, im Wechselprozesse gegen den Ehemann der verklagten Wechselschuldnerin auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu klagen, s. o. Ziff. 1 zu § 592.

§ 603. Abs. 2. 1. Die erleichternde Vorschrift des § 603 Abs. 2 ist nicht dazu bestimmt, unter der Form der gemeinschaftlichen Klage dem Kläger das Mittel zu geben, einen Wechselverpflichteten vor ein Gericht zu ziehen, bei dem dieser ohne die Voraussetzung der gemeinschaftlichen Klage keinen Gerichtsstand hat. Daher greift die Einrede der Unzuständigkeit durch, wenn die Klage gegen denjenigen Beklagten, der seinen allgemeinen Gerichtsstand im Bezirke des Prozeßgerichts hat, nur zum Schein erhoben worden ist. **RG. 51** 175; JW. **02** 314.

2. Wird auf Grund eines nicht protestirten Wechsels gegen Aussteller und Akzeptanten im Gerichtsstande des Ausstellers geklagt, so wird dadurch ein Gerichtsstand des Akzeptanten nicht begründet. Der § 603 Abs. 2 verlangt mehrere Wechselverpflichtete. OLG. **5** 92 (Hamburg).

Sechstes Buch.

Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.

Verfahren in Ehesachen.

§ 606. Die Klage „auf Herstellung des ehelichen Lebens" kann nicht bloß zur Beseitigung eines räumlichen Getrenntlebens, sondern in der Regel wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten erhoben werden. **RG.** JW. **02** 315.

Ueber die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns im Eheprozesse vgl. § 1353 BGB. Ziff. 8 (II, 23), § 1387 BGB. (II, 45).

§ 612. Auch in einem vor dem 1. Januar 1900 anhängig gewordenen Eheprozesse wird der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte nach Maßgabe des § 612 mit dem 1. Januar 1900 prozeßfähig und genehmigt durch Fortführung des Prozesses stillschweigend auch die Prozeßführung bis zum 1. Januar 1900. **RG.** JW. **00** 309, Gruchots Beitr. **44** 744.

§ 613. 1. Ist einer armen Partei auf ihr Gesuch in der Revisionsinstanz ein Anwalt kraft Armenrechts bestellt worden, so bedarf es der Vollmachtsnachprüfung des § 613 nicht. **RG.** JW. **00** 471.

2. Ein auf persönliches Ansuchen der Partei dieser zum Zwecke der bestimmten Rechtsverfolgung beigeordneter Armenanwalt ist in Ansehung des Vollmachtspunkts nach § 613 nicht anders zu behandeln als irgend ein anderer Anwalt. **RG. 47** 413; OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** 202 (Beibl.); gegen das erste Erkenntniß vgl. Gaupp-Stein § 613 II Anm. 7.

3. Wenn das Gesetz die Offizialprüfung der Vollmacht überhaupt und für die Klagepartei, also für den angreifenden Theil vorzuschreiben für erforderlich erachtet hat, so ist dies dahin zu verstehen, daß es dieser Prüfung in der Oberinstanz nur dann bedürfen soll, wenn auch in dieser die Klagepartei angreifender Theil ist, also wenn sie es unternommen hat, ihr Klagebegehren durch Einlegung eines Rechtsmittels durchzusetzen.

Unerheblich ist es, ob der „klagende" Ehegatte Widerkläger ist und Wiederherstellung des ehelichen Lebens fordert. **RG. 45** 418; vgl. hiergegen Gaupp-Stein § 613 II.

§ 614. 1. Das Gesetz will, wie namentlich § 616 erkennen läßt, nicht nur dem Beklagten das Recht verleihen, widerklageweise selbst noch in der Berufungsinstanz eine Scheidungs- oder Anfechtungsklage nachzubringen, sondern auch dem Kläger die Möglichkeit geben, noch in zweiter Instanz von der Scheidungsklage zur Anfechtungsklage oder vice versa überzugehen. Langheineken, Urtheilsanspruch 250.

2. Auch in zweiter Instanz ist das Vorbringen neuer Klagegründe zulässig. **RG.** JW. **02** 23.

3. Ist sonach in erster Instanz auf Scheidung geklagt, so kann in der Berufungsinstanz unter Fallenlassen des Scheidungsanspruchs auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt werden. **RG.** JW. **00** 658; OLG. **1** 11 (Breslau).

4. In Ehesachen kann eine Partei, die selbständige Berufung eingelegt hat, auch dann, wenn über ihre Berufung durch Theilurtheil sachlich entschieden worden ist, sich behufs Erhebung einer Widerklage der Berufung des Gegners wirksam anschließen. **RG. 49** 396, SächsA. **11** 604.

§ 615. 1. Die Zulässigkeit eines Theilurtheils über die Herstellungsklage bei Aussetzung der Scheidungswiderklage wird bejaht vom OLG. **5** 114 (Jena); vgl. dagegen Gaupp-Stein § 615 II.

2. Der Wortlaut des § 615 Abs. 2 verbietet nur, daß gegen die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, gegen die Scheidungs- und Anfechtungsklage eine Widerklage anderer Art erhoben wird, und nicht das Umgekehrte. Da aber der Grund des Verbots in der gänzlich verschiedenen prozessualen Behandlungsweise einer der genannten Eheklagen gegenüber einer gewöhnlichen Klage liegt, so ist § 615 Abs. 2 dahin auszulegen, daß auch gegen eine gewöhnliche Klage eine Eheklage als Widerklage verboten sein soll. OLG. **2** 367 (Kassel).

§ 616. Die Vorschrift des § 616 kann nicht durch Uebereinkunft der Parteien ausgeschlossen werden, da sie öffentlich-rechtlichen Charakter trägt. **RG.** JW. **02** Beil. 260.

2. Der § 616 enthält eine Erweiterung der Grenzen der Rechtskraft dahin, daß mit der rechtskräftig ausgesprochenen Abweisung einer Scheidungs- und Ungültigkeitsklage (Anfechtungsklage) nicht bloß die mit der Klage geltend gemachten Scheidungs- oder Ungültigkeitsgründe, sondern jeder auf Seite des einen oder des anderen Ehegatten etwa vorhanden gewesene Anspruch auf Scheidung oder Ungültigkeitserklärung, der in dem früheren Rechtsstreite hätte geltend gemacht werden können, erledigt oder verbraucht ist. **RG.** JW. **02** 634.

§ 617. 1. Die Eideszuschiebung ist nur ausgeschlossen über solche Thatsachen, die im konkreten Falle die Trennung begründen sollen, nicht über solche, die sie begründen können. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1142.

2. Eine Eideszuschiebung an einen Ehegatten über Thatsachen, die an sich eine Scheidung herbeiführen könnten, ist zulässig, wenn und soweit es sich nur um Entscheidung der Schuldfrage handelt. OLG. **1** 442 (Stettin), **4** 93 (Dresden, Hamburg).

3. Die Eideszuschiebung über solche Thatsachen, wegen deren auf Antrag des Beklagten, ohne Erhebung einer Widerklage, auch der Kläger für schuldig in der Scheidung erklärt werden soll, ist zulässig. LG. Leipzig, SächsA. **10** 179.

§ 618. 1. Abs. 2, 3. Hält sich die beklagte Partei im Ausland auf und ist sie zum ersten Verhandlungstermin auf diplomatischem Wege geladen, so kann, wenn die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 174 nicht stattfindet, die Ladung zum zweiten Termine durch Aufgabe zur Post erfolgen. OLG. **2** 300 (Kiel).

2. Abs. 5. Die Vorschrift bezieht sich nur auf das Versäumnißurtheil gegen die beklagte Partei, nicht aber auf einen Berufungsbeklagten, der in erster Instanz Kläger war. OLG. Frankfurt, R. **02** 534.

§ 619. Ist in Ehesachen das Erscheinen einer Partei vom Prozeßgericht angeordnet, so hat der um die Erledigung des Beschlusses ersuchte Richter die Durchführung zu erzwingen. Die Befugniß hierzu ergiebt sich aus den §§ 400, 619; der dort gebrauchte Ausdruck „der Richter ist ermächtigt" macht die Ausübung der Befugnisse nicht von dem Ermessen des Richters abhängig. Daß der

Richter vielmehr die Pflicht hat, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, ergiebt § 380. OLG. **2** 237 (Hamm).

§ 620. 1. Ist der Antrag auf Aussetzung nicht vom Kläger gestellt, so braucht das Gericht nur auszusetzen, wenn dazu auch von Amtswegen Veranlassung vorliegt. **RG.** JW. **01** 575.

2. Das Gericht wird im Ehescheidungsprozesse durch den vom Kläger gestellten Aussetzungsantrag nur am Ausspruche der Scheidung vor stattgehabter Aussetzung, nicht aber an der Klagabweisung gehindert. Ist das Gericht sich über die Abweisung der Scheidungsklage schlüssig, so hat eine Aussetzung nicht zu erfolgen. **RG. 46** 406; JW. **00** 623; **RG.** JW. **01** 306; OLG. **1** 89 (Bamberg); anders OLG. **1** 399 (Celle).

3. Der § 620 Abs. 1 Satz 1 giebt dem Kläger kein Recht auf sofortige Entscheidung über seinen Antrag, noch ein solches auf sofortige Aussetzung. Der Antrag ist nur ein formales, im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe zugelassenes Hinderniß für die Abgabe eines Scheidungsurtheils. **RG. 46** 385.

4. Ob, wenn das Berufungsgericht auf Grund seiner thatsächlichen Erwägungen keine Veranlassung gefunden hat, das Verfahren von Amtswegen auszusetzen, das Revisionsgericht in der Lage, auf Grund seiner Erwägungen den § 620 Satz 2 in Anwendung zu bringen und zu dem Zwecke auch neue Thatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen hat, läßt **RG.** JW. **01** 575 dahingestellt.

5. Die Aussetzung darf nur unterbleiben, wenn ausnahmsweise jede Aussicht auf Aussöhnung ausgeschlossen erscheint. **RG.** JW. **02** 217; Gruchots Beitr. **46** 671; ebenso OLG. **5** 114 (Jena): Nicht die Wahrscheinlichkeit, sondern schon die Möglichkeit der Aussöhnung genügt, um zur Aussetzung zu führen. Vgl. auch OLG. Frankfurt, R. **02** 267.

6. § 620 Abs. 1 Satz 2 setzt das Vorhandensein eines gewissen thatsächlichen Anhalts dafür, daß eine Aussöhnung nicht ausgeschlossen sei, voraus. **RG.** JW. **00** 590; DJZ. **01** 481.

7. Ueber die Frage, ob bei Klage und Widerklage das Verfahren wegen der einen Klage ausgesetzt werden kann:

a) OLG. **4** 92 (Dresden): Haben beide Parteien absolute Scheidungsgründe geltend gemacht, hat jedoch nur eine Partei die Aussetzung beantragt, so darf eine Aussetzung auch nur der Klage nicht stattfinden, da eine derartige Trennung ein Theilurtheil bedingen würde, ein solches Theilurtheil aber unzulässig ist.

b) Dagegen ist nach OLG. **5** 114 (Jena) anders in dem Falle zu entscheiden, daß die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens, die Widerklage auf Scheidung gerichtet ist. Für die Aussetzung der Klage ist hier § 621, für die Widerklage § 620 maßgebend. Die getrennte Beurtheilung der Voraussetzungen für die Aussetzung bezüglich der Klage und Widerklage, und eine Entscheidung, die nur die Aussetzung der einen anordnet, ist sowohl nach den Vorschriften des materiellen, als nach denen des Prozeßrechts möglich und zulässig. Nach den letzteren ist ein Theilurtheil über die Herstellungsklage, wozu die Aussetzung des Verfahrens über die Scheidungsklage führen kann, nicht zu beanstanden.

8. Die Aussetzung des Verfahrens ist auch dann von Amtswegen (§ 620 Abs. 1 Satz 2) anzuordnen, wenn die Klägerin zwar nicht die Ehescheidung auf Grund des § 1568 BGB. begehrt, sondern sich mit dem Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft begnügt, der Beklagte aber beantragt hat, für den Fall, daß die Klage begründet sei, auf Scheidung der Ehe zu erkennen. OLG. Frankfurt, R. **02** 269.

§ 621. Unter „Aussöhnung der Parteien“ kann hier, wo die Klage überhaupt nichts Anderes bezweckt, als die Wiedervereinigung der Eheleute herbeizuführen, nur verstanden werden: wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, die beklagte Partei werde ohne richterliche Entscheidung zum Kläger zurückkehren. OLG. **5** 114 (Jena).

§ 624. Die Feststellung der Person braucht nicht in der Formel zu geschehen, es ist sogar zweckmäßiger, wenn es erst in den Gründen geschieht. OLG. **1** 445 (KG.).

§ 625. 1. Eine Zustellung eines der unter § 625 fallenden Urtheile durch die Partei ist unwirksam. **RG.** JW. **00** 252.

2. Die Zustellung des Urtheils von Amtswegen hat nicht stattzufinden, wenn im Eheprozesse einer Partei ein Eid auferlegt ist, die Ehe sowohl bei Leistung als auch bei Verweigerung des Eides geschieden werden und davon nur die Entscheidung der Schuldfrage abhängen soll, gleichwohl aber nicht schlechthin auf Scheidung erkannt, sondern ausgesprochen ist, es werde bei Leistung des Eides die Ehe geschieden werden und dasselbe im Falle der Eidesverweigerung geschehen. **RG.** (Plen.) **48** 423, JW. **01** 575, SächsA. **11** 602.

3. Die Vorschrift des § 625 ist auch auf solche Urtheile auszudehnen, welche eines der in diesem Pharagraphen genannten Urtheile durch Verwerfung, Zurückweisung oder Verlustigkeitserklärung eines Rechtsmittels bestätigen. **RG.** JW. **01** 141.

§ 627. 1. Allgemeines.

a) Sind für den Erlaß der im § 627 erwähnten einstweiligen Verfügungen die Voraussetzungen des § 940 maßgebend? Bejaht von **RG.**, vgl. die folgenden Entscheidungen. Verneint von OLG. Jena, ThürBl. **49** 69 ff.

b) Schließt die Vorschrift andere einstweilige Verfügungen als die des § 627 in Ehesachen aus? Bejaht von Davidson, DJZ. **00** 161; verneint von Mittelstein, ebendas. **00** 160 und von **RG. 49** 368; OLG. **1** 378 (Hamburg).

2. Gestattung des Getrenntlebens.

a) Für die Frage, ob eine das Getrenntleben der Ehegatten gestattende einstweilige Verfügung zu erlassen sei, sind die §§ 946 ff., nicht BGB. § 1353 maßgebend.

Noch über den Fall des § 1353 hinaus sind mannigfache Fälle denkbar, in denen es zur Abwendung wesentlicher Nachtheile durchaus geboten erscheint, das Getrenntleben der Ehegatten während des Eheprozesses zu gestatten. Der § 940 bildet nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht eine Ergänzung des § 627. **RG. 49** 368.

b) Den Ehegatten ist während der Dauer des Ehescheidungsprozesses das Getrenntleben zu gestatten, wenn diese einstweilige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nöthig erscheint (§ 940). Ob derjenige Ehegatte, gegen welchen das Getrenntleben gefordert wird, ein Recht auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1353 BGB.) hätte, ist gleichgültig; deshalb braucht der das Getrenntleben begehrende Ehegatte nicht darzuthun, daß das Verlangen des anderen Theiles auf Herstellung der Gemeinschaft sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellen würde. **RG. 46** 382, JW. **00** 601; JW. **00** 715; **01** 385, 576.

c) Das Verlangen, das Getrenntleben zu gestatten, ist nicht schon deswegen hinfällig, weil thatsächlich die Parteien getrennt — jede in einem besonderen Zimmer der Ehewohnung — leben. Ohne richterlichen Ausspruch hat keiner der Gatten die Möglichkeit, dem anderen den Zutritt zu allen Räumen der Ehewohnung mit Erfolg zu versagen. OLG. **4** 338 (KG.).

d) Der § 627 läßt zwar die Gestattung des Getrenntlebens der Ehegatten zu, nicht jedoch ein Verbot des einstweiligen Getrenntlebens. Eine einstweilige Verfügung dieses Inhalts kann daher nach § 936 nur mit Beziehung auf einen Hauptanspruch beantragt werden, den der Antragsteller bei Gericht entweder schon erhoben hat oder zu erheben in der Lage ist. **RG.** JW. **01** 306.

e) Gegen Entscheidungen über das Getrenntleben der Ehegatten während der Dauer des Ehescheidungsprozesses ist Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes zulässig, weil ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch in Frage steht (vgl. o. Ziff. 1 d) zu § 546). **RG. 46** 382, JW. **00** 601.

3. Ordnung der gegenseitigen Unterhaltspflicht.

a) Während des Scheidungsprozesses kann der dem einen Ehegatten gegen den anderen zustehende Anspruch auf Unterhaltsgewährung nicht nur im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 627, sondern auch im Wege der ordentlichen Klage geltend gemacht werden. Für diese Klage besteht kein besonderer ausschließlicher Gerichtsstand, namentlich nicht der des Scheidungsgerichts. **RG. 47** 379; OLG. **1** 153 (KG.).

b) Hiergegen wendet sich Benedict, Die ausschließliche Zuständigkeit des Eherichters für den Unterhalts- und Erziehungsstreit während des Eheprozesses, in der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Wilke 47 ff.:

Er vertheidigt die ausschließliche Zuständigkeit des Eherichters für den Unterhalts- und Erziehungsstreit während des Eheprozesses. Es giebt ein civiles Recht der Mutter, die Kinder zu erziehen und für sie Unterhaltsgelder zu fordern, überhaupt nicht, es besteht vielmehr nur die außergewöhnliche Ermächtigung des Eherichters, während des Eheprozesses und in freier Würdigung seines Inhalts über den vorläufigen Verbleib der Kinder zu befinden (§ 627). Mit der gleichen außergewöhnlichen Befugniß gestattet der Eherichter der Frau, sich vom Manne zu trennen. Der einzige civile Grund für das Verlassen des Mannes ist der Ehescheidungsgrund (§ 1353 BGB.), dieser kommt im Ehenichtigkeitsprozeß und im Ungültigkeitsprozesse, für welche § 627 doch ausdrücklich Vorsorge trifft, überhaupt nicht in Frage; ebensowenig aber ist im Scheidungsprozesse die überaus schwierige Glaubhaftmachung eines Scheidungsgrundes unbedingte Voraussetzung der einstweiligen Verfügung.

Diese ganze außergewöhnliche Jurisdiktion des Eherichters schließt für die Zeit des Eheprozesses die Konkurrenz des ordentlichen Rechswegs aus. Der ordentliche Richter würde nach Civilrecht, der Eherichter nach freiem Ermessen und auf Grund ganz anderer Thatbestände entscheiden; auch die Formen des Verfahrens wären im Eheprozeß andere als beim ordentlichen Richter.

Die Intention des Gesetzgebers aber kann nicht dahin gegangen sein, einander widersprechende Entscheidungen geradezu hervorzurufen, im Gegentheil, § 627 läßt die Absicht erkennen, alle Fragen der Ehelösung thunlichst im ausschließlichen Gerichtsstande des Eheprozesses zu konzentriren (§ 606 Abs. 1).

c) Die Ordnung der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten kann nicht auf ein von der unterhaltspflichtigen Partei ausgehendes Gesuch hin erfolgen. Denn der unterhaltspflichtige Gatte ist, sobald das Gericht das Gesammtleben gestattet hat, durch nichts gehindert, auch ohne eine seine Unterhaltspflicht regelnde einstweilige Verfügung, die demnach von seinem Standpunkt aus entbehrlich erscheint, der Gegenpartei eine Rente in der Höhe, wie er sie entrichten zu müssen glaubt, zu zahlen und es ihr dabei zu überlassen, ihre Rechte geeigneten Falles auf dem im § 627 angeordneten Wege selbst wahrzunehmen, sofern sie eine höhere Rente beanspruchen zu dürfen meint. OLG. **3** 444 (Dresden).

d) Unter die Ordnung der gegenseitigen Unterhaltspflicht nach § 1361 BGB. fällt zwar die Herausgabe der zur Führung eines abgesonderten Haus-

halts erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalte zum Gebrauch an die Frau, nicht aber die Herausgabe des Mobiliareinbringens. Eine Sicherstellung des Vermögens der Frau ist nicht Gegenstand des Interimistikums, in dieser Beziehung sind vielmehr nur die allgemeinen Grundsätze über einstweilige Verfügungen maßgebend. OLG. 3 241 (Darmstadt).

4. Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder.

a) Unter die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder fällt auch die Regelung, wann und wie der eine Elterntheil mit den bei dem anderen verbliebenen minderjährigen Kindern verkehren darf. Die §§ 1636, 1666 BGB. stehen nicht entgegen. **RG.** DJZ. **02** 118.

b) Es kann im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden, daß die Sorge für die Person eines minderjährigen Kindes dem einen Ehegatten übertragen wird und der andere ihm das Kind herauszugeben hat. OLG. Dresden, SächsA. **11** 112.

c) Ist die Sorge für die Person des Kindes bereits durch das Vormundschaftsgericht geregelt und dem Vater gemäß § 1666 BGB. die Sorge einstweilen entzogen, so fehlt es an der Voraussetzung, die die §§ 627, 940 für die Zulässigkeit einer prozessualischen einstweiligen Verfügung aufstellt. Daß diese Regelung von der Vormundschaftsbehörde ausgegangen ist, ändert nichts an der Sachlage, daß ein geregelter einstweiliger Zustand vorliegt. Daß aber das Prozeßgericht nicht berufen ist, Anordnungen des Vormundschaftsgerichts zu bestätigen oder aufzuheben oder abzuändern, versteht sich von selbst, der Instanzenzug dafür ist durch das FrGG. geregelt. OLG. **1** 327 (Hamburg).

5. Abs. 2. Hat die Ladung zum Sühnetermine nach § 1571 BGB. wegen Ablaufs der dreimonatigen Frist ihre Wirkung verloren, so mangelt es an dem Erfordernisse des § 627. Denn die Vorschrift setzt zwar nicht die Ladung, sondern lediglich die Terminsbestimmung zum Sühneversuche voraus, indessen hat dem Antragsteller damit nicht ein von der anzustellenden Scheidungsklage losgelöstes Recht gegeben werden sollen, vielmehr folgt aus Inhalt und Zweck der Bestimmung sowie aus ihrer Stellung im Gesetze, daß die einstweilige Regelung der in Frage kommenden Verhältnisse gleich bei Beginn des Rechtsstreits hat ermöglicht, dem verletzten Ehegatten beschleunigter Schutz hat gewährt werden sollen. Verfolgt der Antragsteller das Scheidungsverfahren nicht, so ist für die Anwendung des § 627 kein Raum mehr. OLG. **2** 108 (KG.).

§ 628. § 628 gilt auch für Klagen auf Feststellung, daß eine Ehe nicht besteht. Hellwig, Anspruch 473.

§ 629. Nicht nur das Reszissionsurtheil bei der Eheanfechtungsklage wirkt konstitutiv gegenüber Jedermann, sondern auch das die Klage als unbegründet abweisende Urtheil. Dieses ist ein Feststellungsurtheil und enthält die Negation, daß das in der Klage geltend gemachte, durch den Anfechtungsgrund spezialisirte Anfechtungsrecht existierte, nach der Ausnahmebestimmung des § 616 CPO. aber auch die Negation jedes anderen Anfechtungsrechtes, das der Kläger oder der Beklagte geltend machen konnte. Da die Präklusion des § 616 sich auch auf die Scheidungsklage bezieht, so erscheint es geboten, auch der Abweisung der Scheidungsklage die entsprechende Wirkung gegenüber Dritten beizulegen. Hellwig, Rechtskraft 64 ff.

Das der Ehenichtigkeitsklage stattgebende Urtheil enthält die Bejahung des durch seinen Entstehungsgrund individualisirten Rechtes auf Vernichtung der Ehewirkungen und den Ausspruch der Vernichtung. In letzterer Beziehung ist das Urtheil konstitutiv und wirkt also selbstverständlich gegenüber Jedermann; aber auch jene Feststellung wirkt gegen Alle, aber nur in der

Begrenzung des § 322, d. h. es werden **nicht** rechtskräftig die Voraussetzungen, von welchen das Recht zur Nichtigkeitsklage abhängig ist. Die Klagabweisung bedeutet die Verneinung des Rechtes auf Herbeiführung der Nichtigkeitserklärung und zwar nur desjenigen Rechtes, welches durch die Klage oder nachträglich (§ 614) individualisirt und zum Gegenstande der Aburtheilung gemacht wurde. Da diese Verneinung gegen Alle wirkt, so bedeutet dies, daß jene Verneinung auch die konkurrirenden Aufhebungsrechte der anderen Berechtigten trifft, soweit sie objektiv — in Ansehung der Gründe — mit dem Abgeurtheilten identisch sind. Ausnahme § 629 I Satz 2. Hellwig, Rechtskraft 65 ff.

Ueber die Ehefeststellungsklage siehe Hellwig u. zu § 638 und Ziff. 1 zu § 1329 u. Ziff. 1 zu § 1341 BGB. Für die Rechtskraft dieser Feststellungsurtheile gilt § 629 Abs. 1 mit Ausnahme des Satz 2. Doch kann bei dieser Ausnahme nur in Frage kommen ein Urtheil, das die Gültigkeit der zweiten Ehe bejaht. Hellwig, Rechtskraft 69. Eine fernere Ausnahme behauptet Hellwig 69 für den Fall, daß der Feststellungsstreit sich darum drehte, ob der auftretende Eheprätendent identisch mit dem Ehekontrahenten sei. Das Urtheil, welches dies feststellt, wirkt gegenüber Allen, mit Ausnahme desjenigen, der selbst Ehegatte zu sein behauptet und in dem Prozesse keine Gelegenheit hatte, seine Rechtsbehelfe vorzubringen (analog § 629 I 2).

Die zwischen einem Ehegatten und einem Dritten ergangenen Feststellungsurtheile (s. u. zu § 638) wirken nur inter partes. Hellwig, Rechtskraft 70.

§ 632. Der Begriff „Recht" im § 632 Abs. 1 Satz 2 umfaßt nicht auch eine bloße Anwartschaft, z. B. ein noch nicht eingetretenes Intestatrecht. OLG. **2** 308 (KG.).

§ 638. Hellwig, Rechtskraft 67 ff. Die Ehefeststellungsklage ist denkbar:

1. zwischen den **Betheiligten selbst**, wenn eine andere Person sich fälschlich für den Ehegatten ausgiebt oder wenn Jemandem umgekehrt die Identität mit dem Ehegatten mit Unrecht bestritten wird, wenn das Bestehen einer Ehe behauptet wird, während eine Eheschließung vor einem Standesbeamten überhaupt nicht stattgefunden hat oder eine wegen Formmangels nichtige und in das Heirathsregister nicht eingetragene Ehe in Frage steht oder die Ehe aufgelöst ist, endlich als Klage auf Feststellung der (eingetragenen) Ehe, wenn ihre Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit behauptet wird, der andere Ehegatte aber die Erhebung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage unterläßt.

2. zwischen einem Ehegatten und einem Dritten und als Feststellung des Bestehens wie des Nichtbestehens der Ehe. In beiden Fällen muß das Gericht dieses Bestehen der Ehe aussprechen, obgleich sie anfechtbar ist. (69 ff.)

Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§§ 640 ff. 1. Nach Breit, R. **02** 550 ff. ist eine Klage des Kindes gegen die Mutter auf Feststellung der Unehelichkeit in dem Falle zulässig, wenn der Ehemann der unehelichen Mutter verstorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, und das Kind gegen den Schwängerer auf Unterhalt klagen will. Eine solche Klage erscheint unter den betreffenden Voraussetzungen nothwendig, weil zunächst die Vermuthung der Ehelichkeit zerstört und die elterliche Gewalt der Mutter aufgehoben werden muß, um für eine mit dem Inhalte der Alimentationsklage nicht im Widerspruch stehende prozessuale Vertretung des Kindes zu sorgen.

2. Sowohl nach gemeinem Rechte als nach der CPO. §§ 640 ff. hat die bloße Anerkennung eines vorehelichen, durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindes seitens der Eltern keine konstitutive Wirkung und läßt jedenfalls den Gegenbeweis zu. Trotz solcher Anerkennung hat deshalb das Kind ein rechtliches Interesse daran, daß sein Geburtsstand in sicherer, auch Dritten gegenüber wirksamer Weise, wie es nach § 643 allein durch einen Rechtsstreit gegen die Eltern geschehen kann, festgestellt werde, und die Eltern, die durch unrichtige Eintragung im Taufregister die Unsicherheit herbeigeführt haben, sind gezwungen, sich dem zu unterwerfen. **RG.** DJZ. **02** 384.

§ 643. 1. Voraussetzung dieser Wirkung des Urtheils ist im Falle des § 640, daß das Urtheil zwischen denjenigen Personen ergangen ist, zwischen denen das streitige Rechtsverhältniß bestehen soll; im Falle des § 641, daß der Prozeß zwischen Ehemann und Kind geführt ist. In allen anderen Fällen bleibt es bei der Rechtskraft inter partes.

Eine Ausnahme gilt nach Satz 2 und analog für denjenigen, der selbst das Kind zu sein behauptet. Hellwig, Rechtskraft 70 ff.; siehe auch Hellwig zu CPO. § 629.

2. Ein uneheliches Kind kann gegen die Mutter, die den angeblichen Vater geheirathet hat, nach dem Tode des Ehemanns nicht mit Wirkung gegen Alle Klage auf Feststellung erheben, daß es die Rechte eines ehelichen Kindes aus jener Ehe erlangt habe. Das Urtheil würde nur gegen die Mutter wirken. Eine Ausnahme davon, daß ein Urtheil nur gegen die Person wirkt, gegen die es ergangen ist, tritt nach § 643 nur in dem Falle ein, wo der Rechtsstreit zwischen dem Kinde und den Eltern geführt wird, und unter der weiteren Voraussetzung, daß das Urtheil zu Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird. Es ist selbstverständlich hierbei Voraussetzung, daß der Rechtsstreit mit demjenigen Elterntheile geführt wird, dessen Elternschaft festgestellt werden soll, nicht mit dem anderen Elterntheile. Denn das Kind ist bezüglich der Elternschaft des anderen Elterntheils Dritter. OLG. **1** 372 (KG.).

Dritter Abschnitt.

Vorschriften in Entmündigungssachen.

Das Entmündigungsverfahren, das gleichzeitig wegen Geisteskrankheit, Verschwendung und Trunksucht durchgeführt werden kann, kennt keine Parteien. Wesentlich für den Prozeßbegriff des modernen deutschen Rechtes ist aber, daß der Richter von dritten Personen (Parteien) zur Thätigkeit veranlaßt wird, und daß diese Personen grundsätzlich den Stoff herbeischaffen. Weil parteilos, ist das Entmündigungsverfahren Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Daher gilt, wo die §§ 654 ff. nicht ausreichen, folgendes: bis 1900 waren die Vorschriften der CPO. analog heranzuziehen; seit 1900 sind zunächst etwa bestehende Normen des FrGG. anzuwenden. Die Betheiligten haben, obschon nicht Partei, weitgehende Rechte, insbesondere ist der gesammte Stoff ihnen zur Aeußerung zu unterbreiten (arg. §§ 652, 653 I Satz 2). Als freiw. Gerichtsbarkeitsverfahren wird das Entmündigungsverfahren durch die Gerichtsferien nicht beeinflußt; es ist nicht öffentlich und nicht mündlich, wodurch öffentliche und mündliche Verhandlung nicht schlechthin ausgeschlossen. Levis, Die Entmündigung Geisteskranker 39 ff., 109 ff., 158 ff., 203.

§ 645. Das Gesetz verlangt Antrag, damit Entmündigung nicht erfolgen kann, ohne daß zwei staatliche Organe dieselbe für erforderlich halten. Levis 129 ff.

§ 646. Die Rücksichtnahme auf die Ehe gebietet es, daß der Fall, in dem von Verwandten gegen eine unverheirathete Frauensperson ein Entmündigungsantrag gestellt, diese aber zur Ehe geschritten war, ehe über den Entmündigungsantrag entschieden wurde, von dem Eheabschluß an genau so zu behandeln ist, wie wenn der Antrag — ohne daß eine Ausnahme des § 646 Abs. 1 Satz 3 vorlag — erst nach dem Eheabschlusse von Verwandten gestellt worden wäre. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 330.

Ebenso OLG. **5** 447 (KG.) für den Fall, daß nach Stellung des Antrags auf Entmündigung einer eheverlassenen Frau der Ehemann die eheliche Gemeinschaft wiederherstellt. Ueber die grundlegende Frage, ob es auf ein in Folge Antrags des nach § 646 Berechtigten eingeleitetes Entmündigungsverfahren von Einfluß ist, wenn der Antragsteller sein Antragsrecht nachträglich verliert, sagt das Gesetz selbst nichts. Es ergiebt sich jedoch aus den Vorschriften der CPO., daß der Gesetzgeber dem Eingreifen des Entmündigungsrichters in die eheliche Gemeinschaft prinzipiell abgeneigt ist. Der Mann hat ein wohlbegründetes Recht darauf, zu verlangen, daß nur er allein die Entmündigung der Frau beantragen könne. Wenn auch § 646 in gewissen Fällen auch anderen Personen als dem Manne das Antragsrecht einräumt, so ist dies nur eine folgerichtige Ausgestaltung des erwähnten Prinzips des Schutzes der ehelichen Gemeinschaft. Doch hat der Mann auf ein ausschließliches Antragsrecht keinen Anspruch, wenn die Gemeinschaft aufgehoben ist oder wenn er die Frau verlassen hat u. s. w. Geht man von dieser grundsätzlichen Stellungnahme des Gesetzgebers aus, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß es nach Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft lediglich der Disposition des Ehemanns unterliegt, ob ein Entmündigungsverfahren eingeleitet oder fortgesetzt werden soll. Der ihm für die eheliche Gemeinschaft vom Gesetze gewährte Schutz, der bei deren Aufhebung fortgefallen war, tritt mit ihrer Wiederherstellung von Rechtswegen wieder ein.

Anders ist nach OLG. **2** 446 (Hamburg) der Fall zu beurtheilen, wenn die Eheschließung nach ausgesprochener Entmündigung vor der Entscheidung über die Anfechtungsklage erfolgt. Die im Prozesse über die Anfechtungsklage zu treffende Entscheidung betrifft nur die Frage, ob die Entmündigung zu der Zeit, zu der sie ausgesprochen wurde, mit Recht erfolgt ist. Für diese Frage ist aber ohne Bedeutung, ob die Legitimation der Antragsteller später in Wegfall gekommen ist.

§ 648. Jedes zuständige Gericht kann einleiten, auch wenn der Antrag bei einem anderen Gerichte gestellt ist. Levis 115 ff.

§§ 650, 651. 1. Nur das überweisende Gericht darf prüfen, ob Ueberweisung erforderlich. Das „im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht“ ist das dem angegangenen Gericht allein übergeordnete Gericht. Levis 197 ff.

2. a) Der § 650 gestattet die Ueberweisung nur dann, wenn es mit Rücksicht auf die Verhältnisse des zu Entmündigenden erforderlich erscheint. Schon nach der Fassung des § 650, aber auch nach der Regelung der örtlichen Zuständigkeit im § 649 muß angenommen werden, daß die Ueberweisung an das Gericht des Aufenthalts nicht die Regel bilden, sondern nur unter besonderen Umständen, die zum Aufenthalte des zu Entmündigenden hinzutreten müssen, eintreten soll. OLG. **5** 448 (Darmstadt); s. a. OLG. **1** 418 (KG.).

Die Thatsache allein, daß der zu Entmündigende nach Einleitung des Entmündigungsverfahrens durch ein Amtsgericht sich im Bezirk eines anderen aufhält, rechtfertigt die Ueberweisung nicht. Vielmehr müssen zur Ueberweisung hauptsächlich diejenigen Sachen geeignet erscheinen, bei denen eine persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden unter Umständen als ausschlaggebend anzu-

sehen ist, wenn nämlich über den Geisteszustand des zu Entmündigenden Zweifel möglich sind. OLG. 1 84 (Berlin), 85 (Karlsruhe), 86 (Hamm), 87 (Jena).

b) Dagegen SächsAnn. 22 88 ff. (Dresden): Das Gesetz geht unverkennbar davon aus, daß der Regel nach derjenige Richter über die Entmündigung Entschließung fassen soll, der den zu Entmündigenden vernommen und hierbei persönlich vor Augen gehabt hat. Damit ist freilich nicht gesagt, daß in allen Fällen, wo die wegen Geisteskrankheit zu entmündigende Person in einer Verpflegeanstalt außerhalb ihres Wohnorts untergebracht ist und deshalb an sich durch den ersuchten Richter vernommen werden müßte, das Gericht des Aufenthaltsorts sich der Fortführung des Verfahrens ausnahmslos zu unterziehen habe. Die Verhältnisse können nach Befinden auch so liegen, daß von einer persönlichen Befragung des Kranken durch den zur Entscheidung berufenen Richter kein ausschlaggebender Erfolg zu erwarten ist, dies namentlich dann, wenn nach den bisherigen Krankenberichten und nach den bereits vorhandenen anstaltsärztlichen Gutachten ein irgendwie beachtlicher Zweifel von der Geisteskrankheit kaum noch möglich ist. Derartige Umstände müssen jedoch im einzelnen Falle besonders dargethan werden.

Ebenso BayrObLG. 1 274, 520; 2 246; OLG. 1 419 (KG.): Wenn der wegen Geisteskrankheit zu Entmündigende in einer außerhalb des Bezirkes des an sich zuständigen Gerichts befindlichen Anstalt untergebracht ist, so ist die Ueberweisung der Verhandlung und Entscheidung an das Gericht geboten, in dessen Bezirke die Anstalt liegt. Nur dann, wenn die Vernehmung nach § 654 Abs. 3 unterbleiben darf, kann von der Ueberweisung abgesehen werden.

c) Zulässig ist die Ueberweisung nur, wenn sie vom zuständigen Gericht ausgeht. Seuff. A. 55 474 (Celle).

3. Abs. 2. Wenn das Gesetz die Ueberweisung ausschließt, sobald das Gericht den zu Entmündigenden vernommen hat, so kann darunter nur eine Vernehmung gemeint sein, die dem zuständigen Amtsrichter die Person des zu Entmündigenden vor die Augen gebracht hat, also eine unmittelbar vorgenommene Vernehmung. Denn zur Ueberweisung an ein anderes Gericht liegt nur so lange ein rechtliches Bedürfniß vor, als der zur Entscheidung berufene Richter den zu Entmündigenden nicht bereits selbst vernommen hat und hieraus die für die Beurtheilung seines richtigen Zustandes maßgebenden persönlichen Eindrücke hat auf sich einwirken lassen. Sonach hindert die Vernehmung durch den ersuchten Richter die Ueberweisung nicht. OLG. Dresden, CBlFrG. 2 17.

4. Abs. 3. Gegen die Entscheidung des im Instanzenwege zunächst höheren Gerichts steht den betheiligten Gerichten ein Rechtsmittel nicht zu. Denn wenn auch eine dem § 37 Abs. 2 entsprechende Bestimmung im § 650 fehlt, so ändert dies nichts daran, daß die Entscheidung des vorgesetzten Gerichts auch hier der Anfechtung thatsächlich entzogen ist; es fehlt an einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes, welche die Anfechtung zuließe. Die allgemeine Vorschrift der Beschwerde im § 567 Abs. 1, wonach dieses Rechtsmittel gegen alle solche, eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen stattfindet, durch das ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird, liegen nicht vor. Abgesehen davon kann nach der CPO. nur den am Rechtsstreite betheiligten Parteien oder doch wenigstens nur denjenigen dritten Personen ein Beschwerderecht zugestanden werden, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung unmittelbar berührt werden. Die Gerichtsbehörden aber, denen das übergeordnete Gericht im einzelnen Falle zulässigerweise die Erledigung einer Prozeßangelegenheit überweist, haben an deren Ablehnung kein rechtliches Interesse. Sie haben daher der Anordnung nachzukommen, falls ihnen nicht etwa ausdrücklich das Recht der Beschwerde zugestanden ist. SächsAnn. 22 91 (Dresden); OLG. 1 418 (KG.).

§ 653. Abs. 1 Satz 2 zeigt, daß auch ein zu entmündigender Geschäftsunfähiger alle Verfahrensrechte hat. Levis 156 ff.

Die Verwandten und Verschwägerten des zu Entmündigenden können das Zeugniß verweigern. Ueber die Zeugnißverweigerung ist statt durch Zwischenurtheil (§ 387) durch Beschluß zu entscheiden, weil beim Mangel von Parteien kein Zwischenstreit zwischen Zeuge und Partei über die Weigerung möglich ist. Die Betheiligten können den Beschluß nicht anfechten (anders der Zeuge), sie können ja auch keine Beweiserhebungen verlangen. Der Antragsteller kann als Betheiligter nicht Zeuge sein. Levis 254 ff.

§ 654. 1. Die Einvernahme des zu Entmündigenden durch den Richter soll nicht so sehr ein unmittelbares, als ein ungefärbtes Bild von rechtlich wesentlichen Gesichtspunkten aus verschaffen.

Aus § 654 in Verbindung mit § 656 ist zu schließen, daß eine zwangsweise körperliche Untersuchung des zu Entmündigenden zulässig ist. Levis 230 ff., 264 ff.

2. Das Wort „kann" im § 654 Abs. 1 Satz 2 stellt die Vorführung nicht in das freie Ermessen des Gerichts, sondern ergiebt nur, daß das Ausbleiben oder die bestimmte Weigerung des Geladenen eine „besondere Schwierigkeit" im Sinne des Abs. 3 des § 654 nicht begründet. RG. Gruchots Beitr. **45** 116.

§ 656. Die Zustimmung des Antragstellers kann jeder Zeit widerrufen werden. Gegen die Nichtanordnung der Unterbringung sowie Aufhebung der erfolgten Anordnung (insbesondere durch das Beschwerdegericht) giebt es kein Rechtsmittel. Levis 237 ff.

§ 657. 1. Hat der Entmündigungsrichter dem Vormundschaftsrichter Mittheilung von der Einleitung eines Entmündigungsverfahrens behufs Anordnung der Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden gemacht, so hat der Vormundschaftsrichter nicht zu prüfen, ob das Verfahren zu Recht eingeleitet bzw. fortgeführt ist. KGJ. **21** A 209.

2. Das Gericht, bei welchem ein Entmündigungsverfahren anhängig gemacht ist, hat gemäß §§ 657, 680 Abs. 3 der Vormundschaftsbehörde Mittheilung zu machen, wenn es die Anordnung einer Fürsorge für die Person und das Vermögen des zu Entmündigenden für erforderlich hält; es ist jedoch nicht befugt, zu diesem Zwecke selbst einstweilige Verfügungen auf Grund der §§ 935, 940 ff. zu erlassen, da solche einen eigentlichen Civilprozeß voraussetzen, im Entmündigungsverfahren jedoch Offizialbetrieb besteht. LG. Colmar, R. **00** 236.

§ 659. 1. Einstellung des Verfahrens bei Antragszurücknahme, Tod des Antragstellers und Verlust seines Antragrechts, Tod des zu Entmündigenden und Wegzug des zu Entmündigenden ins Ausland, falls er Ausländer ist. Hier überall ist der Einstellungsbeschluß rein deklarativ (vgl. § 1908 BGB.). Konstitutiv ist er, wenn er ergeht, weil ein übersehener Mangel von Verfahrensvoraussetzungen sich herausstellt. Levis 268 ff.

2. Bei Erlaß des Entmündigungsbeschlusses ist das Gericht an den Inhalt des Entmündigungsantrags nicht gebunden, so daß es auf einen Entmündigung wegen Geisteskrankheit begehrenden Antrag gleichwohl nur wegen Geistesschwäche entmündigen kann. RG. JW. **00** 867; OLG. **4** 5 (Köln).

§ 661. Die Entmündigung (insbesondere im Sinne des § 1896 BGB.) existirt unabhängig von der Wirksamkeit des Beschlusses mit dessen Verlautbarung nach außen. Levis 289 ff. Materielle Rechtskraft der Entmündigung (rechtskräftige Feststellung der Geisteskrankheit) giebt es nicht. Levis 306 ff.

§ 663. Durch Beschwerde anfechtbare Ablehnung liegt vor, wenn statt wegen Geisteskrankheit, wie beantragt, wegen Geistesschwäche entmündigt wird.

Beschwerde kann jeder Antragsberechtigte erheben. Ablehnung der Entmündigung ist keine rechtskräftige Verneinung von Geisteskrankheit. Levis 279 ff.

§ 664. 1. Nach Ablauf der Frist von Abs. 1 ist Klage beim Vorliegen von Nichtigkeits- und Restitutionsgründen noch zulässig. Levis 310.

2. Von einer Konkurrenz der Anfechtungsrechte mit Rücksicht auf die Mehrheit der Anfechtungsgründe kann nicht die Rede sein. Subjektiv konkurriren die im § 664 bezeichneten Personen. Das Anfechtungsrecht ist höchst persönlich. Durch den Tod des Entmündigten erledigt sich der Prozeß in der Hauptsache. Hellwig, Anspruch 501.

3. a) In dem durch die Anfechtungsklage eingeleiteten Verfahren ist lediglich über den Thatbestand, welcher zur Zeit des Entmündigungsbeschlusses vorgelegen hat, also darüber, ob der Entmündigungsbeschluß gerechtfertigt war, zu entscheiden; nachträgliche thatsächliche Veränderungen, z. B. Besserung der Trunksüchtigen sind nicht zu berücksichtigen. RG. JW. **02** Beil. 280.

b) Das schließt aber nicht aus, daß, wenn nach Erlaß des Entmündigungsbeschlusses eine Aenderung des materiellen Rechtes eingetreten ist, letzteres im Anfechtungsverfahren zur Anwendung zu kommen hat. RG. JW. **00** 847; 868; **01** 72.

4. In Entmündigungssachen kann jetzt die Berufung sowohl dem Staatsanwalte beim Oberlandesgerichte wie dem beim Landgerichte zugestellt werden. OLG. **5** 115 (Dresden), 118 (Celle).

§ 666. Wird die Klage gegen den Staatsanwalt und den Antragsteller gerichtet, so ist sie gegen den letzteren abzuweisen. Der Antragsteller kann nur als Nebenintervenient mit dem Rechte eines Streitgenossen beitreten und ist nur zu laden, damit er Kunde von der Klagerhebung und Gelegenheit zum freiwilligen Beitritte erhält. RG. JW. **00** 253.

§ 671. 1. Die Vorschrift des § 671 Abs. 1 gilt in dem Verfahren über die Anfechtungsklage auch in der Berufungsinstanz. RG. JW. **01** 81, Gruchots Beitr. **45** 376.

Ebenso RG. BadRpr. **02** 142. Die Vorschrift des § 671 Abs. 1 findet in Ermangelung einer Einschränkung nach den allgemeinen Vorschriften der CPO. auch in der Berufungsinstanz entsprechende Anwendung. Ein Verstoß dagegen ist durch Unterlassung der Rüge nicht heilbar.

2. RG. JW. **01** 81, Gruchots Beitr. **45** 376. Die Vernehmung des Entmündigten ohne Zuziehung eines Sachverständigen enthält einen Verstoß gegen §§ 671 Abs. 1, 654.

3. Abs. 2 RG. JW **00** 802, Gruchots Beitr. **45** 417. Die Vorschrift des § 671 Abs. 2 bezieht sich nicht auf die Vorschrift des § 654.

§ 675. Umwandlung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit in solche wegen Geistesschwäche ist eine Art der Wiederaufhebung der Entmündigung. Levis, R. **01** 347.

§ 679. 1. Nach § 679 Abs. 1 ist die Klage auf Wiederaufhebung erst dann zulässig, wenn ein Versuch, die Aufhebung im Wege eines amtsgerichtlichen Beschlusses herbeizuführen, vergeblich gewesen ist, wenn also der Amtsrichter die Aufhebung nach stattgefundenen Erörterungen endgültig abgelehnt hat. OLG. **5** 449 (Dresden).

2. OLG. **2** 447 (Hamb.). Obwohl das Wiederaufhebungsverfahren regelmäßig den Zweck verfolgt, wegen inzwischen eingetretener veränderter Umstände die Wiederaufhebung der Entmündigung herbeizuführen, so kann doch, wenn sich in diesem Verfahren ergiebt, daß die Entmündigung seiner Zeit zu Unrecht ausgesprochen wurde, der Entmündigungsbeschluß beseitigt werden. Denn bei dem Entmündigungsverfahren muß in allen Stadien die Erzielung

materieller Wahrheit als der leitende Grundsatz anerkannt werden, und der Richter darf aus rein formalen Gesichtspunkten eine Entmündigung nicht aufrecht erhalten, deren materielle Voraussetzungen er nicht als vorhanden ansehen kann.

3. Wegen „Querulantenwahnsinns" darf eine Entmündigung nur ausgesprochen werden, wenn solcher Wahn den Ideenkreis, in welchem er sich von Haus aus bewegt, überschreitet, die Person in allen ihren Lebensbethätigungen erfaßt hat, sie nach allen Richtungen in der Art beherrscht, daß eine allgemeine geistige Erkrankung als vorhanden angesehen werden muß. OLG. 2 447 (Hamb.).

4. Der Entmündigte hat kein Beschwerderecht dagegen, daß die von ihm beantragte Einleitung des Aufhebungsverfahrens von der Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses abhängig gemacht worden ist. SächsAnn. 22 547 (Dresden).

§§ 680 ff. Bischoff, R. 02 195. Der wegen Trunksucht oder Verschwendung zu Entmündigende hat Anspruch auf Vernehmung und rechtliches Gehör im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren, trotzdem im § 680 Abs. 3 der § 654, welcher die persönliche Vernehmung des wegen Geisteskrankheit zu Entmündigenden anordnet, nicht in Bezug genommen ist.

1. Zunächst ist durch die im § 680 Abs. 3 enthaltene Bezugnahme auf § 653 dem zu Entmündigenden ein Recht gegeben, Beweismittel zu bezeichnen, und zu diesem Behufe muß ihm auch Kenntniß von dem Entmündigungsantrag und dem Stande des Verfahrens gegeben werden.

2. Durch diese selbe Bezugnahme steht ihm auch das Recht zu, sich zur Sache zu äußern. Denn diese Aeußerung gehört zu den im § 653 Abs. 1 vorgeschriebenen erforderlichen Ermittelungen.

3. Der zu Entmündigende hat überhaupt Anspruch auf rechtliches Gehör. Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte der Normirung des Entmündigungsverfahrens. Danach sollte eine Abweichung von der Parteistellung des zu Entmündigenden nur eintreten, als es durch die Gestaltung des Verfahrens zu einem solchen mit Offizialbetrieb nothwendig ist. Diese Gestaltung schließt aber das Recht auf Gehör, ferner sich Vertreter zu bestellen, Recht auf Benachrichtigung von Beweisterminen, Einsicht der Akten, Theilnahme an Beweisaufnahmen nicht aus.

§ 686 Abs. 4. Mit der Vorschrift des § 686 Abs. 4, daß auf die Wiederaufhebung einer Entmündigung § 665 entsprechende Anwendung finden solle, ist nicht gesagt, daß das Landgericht ausschließlich zuständig ist, in dessen Bezirke das Amtsgericht, welches über die Entmündigung entschied, seinen Sitz hat, sondern dasjenige, in dessen Bezirke das Amtsgericht liegt, welches den Antrag auf Aufhebung der Entmündigung abgelehnt hat. Dies war zweifellos nach der früheren Fassung des § 665 (606), in der die Worte „welches über die Entmündigung entschieden hat" fehlten. Da nun die Einfügung dieser Worte nach den Motiven der Novelle nur erfolgt ist, weil nach den neuen §§ 650, 651 mehrere Amtsgerichte betheiligt sein können und deshalb erforderlich war, klarzustellen, welches Amtsgericht für die Zuständigkeit hinsichtlich der Anfechtungsklage bestimmend sein soll, so hat an der Zuständigkeit für die Wiederaufhebungsklage durch jenen Zusatz nichts geändert werden sollen. OLG. 2 446 (Hamburg).

Siebentes Buch.
Mahnverfahren.

§ 688. Ein Zahlungsbefehl für zukünftige Forderungen kann nicht erwirkt werden. RG. DJZ. **00** 301.

§ 694. Ein Zahlungsbefehl, der wegen eines Anspruchs aus einer Hypothek erlassen ist, verliert durch den Widerspruch gegen den persönlichen Anspruch nicht seine Kraft rücksichtlich des dinglichen Anspruchs. OLG. 5 113 (Kiel).

§ 695. Die Zurücknahme des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl ist unwirksam. LG. Konstanz, R. **01** 75.

§ 697. Es erlöschen nicht nur die prozessualen, sondern auch die materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit. OLG. Colmar, R. **02** 398.

§ 698. Die Vorschrift des § 698 setzt voraus, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren ausgetragen wird.

Wählt der Kläger ein außerordentliches Verfahren (Urkunden- oder Wechselprozeß) und nöthigt dadurch den Beklagten, seine in diesem Verfahren unzulässigen Einreden abgesondert geltend zu machen, so wäre es unbillig, wenn man annehmen sollte, daß auch hier auf Grund seines Unterliegens im außerordentlichen Verfahren der Beklagte die Kosten des voraufgegangenen Mahnverfahrens tragen soll. OLG. 2 309 (Naumb.).

Die Kosten für einen nicht zustellbar gewesenen Zahlungsbefehl fallen nicht unter § 698. Sie müssen besonders eingeklagt werden. SächsAnn. **21** 525 (Dresden).

§ 699. Ueber die Rechtslage im Falle des Verlustes eines Vollstreckungsbefehls äußern sich:

1. Böhm, DJZ. **01** 456: Die Bestimmungen des § 24 Ziff. 7 der preuß. Gesch.O. für die Gerichtsschreibereien des Amtsgerichts, wonach von den Zahlungsbefehlen und Vollstreckungsbefehlen keine Abschriften zurückbehalten werden, können im Falle des Verlustes des Vollstreckungsbefehls zu mißlichen Folgen führen, da eine neue Ausfertigung gemäß § 703 nicht ertheilt werden kann und der Schuldner gegen die neu erhobene Klage die exceptio rei iudicatae vorschützen kann. Ob ihr mit einer exceptio doli generalis begegnet werden kann, ist zweifelhaft. Im günstigsten Falle müßte der Kläger die Kosten tragen.

2. a) Dagegen: Siméon eb. 477: Eine zweite Ausfertigung des verloren gegangenen Vollstreckungsbefehls kann nach geltendem preußischen Rechte ertheilt werden, da die erforderlichen Angaben im Mahnregister enthalten sind.

b) Scherer, JW. **02** 62: Zum Zwecke des Ersatzes eines verlorenen Vollstreckungsbefehls ist eine Feststellungsklage, daß der Vollstreckungsbefehl mit einem bestimmten Inhalt existirt habe, zulässig.

c) Schönfeld, R. **02** 585: Die Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß ist trotz des ergangenen Vollstreckungsbefehls zulässig. Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache steht allein dem obsiegenden Theile zu.

§ 700. Ist der Zahlungsbefehl bzw. der Vollstreckungsbefehl unanfechtbar geworden, so hat der Gläubiger für seine Forderung eine rechtskräftige Feststellung, deren Wirkung sich von der im Klageverfahren ergangenen in keiner Weise unterscheidet, insbesondere auch nicht, was die Anwendung der CPO. § 767 anlangt. Hellwig, Anspruch 151.

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

§ 704. 1. Macht der Gläubiger von der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils keinen Gebrauch, so kann er nach dem Eintritte der Rechtskraft die Zwangsvollstreckung gerade so betreiben, wie wenn das Urtheil überhaupt nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt worden wäre. In einem solchen Falle genügt zur Zwangsvollstreckung die auf Grund des Eintritts der Rechtskraft ertheilte Vollstreckungsklausel, und insoweit kommt dieser zugleich die Bedeutung eines Zeugnisses über die Rechtskraft zu. BayrObLG., R. **02** 241.

2. Die Rechtskraft des Ehescheidungsurtheils tritt so lange nicht ein, als noch durch Anfechtung von irgend einer Seite, durch Erweiterung des Antrags oder durch Anschluß an das Rechtsmittel eine Aenderung der Entscheidung herbeigeführt werden kann. Es tritt daher die Rechtskraft des auf die Klage ergangenen Urtheils nicht vor der Rechtskraft des Urtheils über die Widerklage ein. **RG.** JW. **01** 323; OLG. **2** 284 (KG.).

§ 706. 1. Abs. 1. a) Der Rechtsstreit ist in der höheren Instanz so lange anhängig, als die Akten nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange daselbst zu verbleiben haben. OLG. Hamburg, R. **02** 77.

b) Der Beschluß, der den Gerichtsschreiber zur Ertheilung des Rechtskraftzeugnisses anweist, ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar. **RG.** Gruchots Beitr. **45** 1152, **RG.** JW. **01** 38.

c) Noch weniger kann die Ertheilung des Rechtskraftzeugnisses durch den Gerichtsschreiber seitens desjenigen, gegen den das Zeugniß ertheilt werden soll, angefochten werden: es ist keine im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehende Entscheidung. OLG. Hamb., HansGerZ. **01** 264 (Beibl.).

2. Abs. 2. Das Rechtskraftzeugniß ist auch dann zu ertheilen, wenn nach dem Ablaufe der Nothfrist ein Rechtsmittel oder der Einspruch mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingelegt wird, und zwar bis durch ein Endurtheil über die Sache selbst entschieden oder durch ein Zwischenurtheil die Zulässigkeit des Rechtsmittels oder des Einspruchs erklärt ist. Marwitz, DJZ. **03** 26.

3. Der § 706 ist zwar im Allgemeinen auf Beschlüsse entsprechend anwendbar. Der Abs. 2 dagegen läßt sich auf Beschlüsse nicht übertragen. Denn niemals kann ein Zeugniß darüber, daß bei dem Beschwerdegericht eine Beschwerde innerhalb der Nothfrist nicht eingelegt worden ist, „genügen" zum Nachweise der Rechtskraft eines mittelst der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidung. Denn die Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde geschieht normaler Weise bei dem Gerichte, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat. OLG. **4** 138, Seuff. A. **57** 377 (Hamburg).

4. Der § 706 Abs. 2 ist auch entsprechend auf die Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnißurtheil anwendbar. Die Nichterwähnung des Einspruchs erklärt sich daraus, daß nur an den gewöhnlichen Fall gedacht ist, wo das Versäumnißurtheil mit den dazu gehörigen Gerichtsakten bei dem Gerichtsschreiber liegt, der das Rechtskraftzeugniß ertheilen soll, nicht bei dem Gerichtsschreiber der höheren Instanz. Von einem argumentum e contrario, wonach die Ertheilung des Zeugnisses über die Rechtskraft eines Versäumnißurtheils von dem Nachweise der Nichteinlegung des Einspruchs nicht abhinge, kann keine Rede sein. **RG.** JW. 02 608.

§ 707. 1. Die Anordnung der Einstellung durch das Berufungsgericht setzt voraus, daß die Rechtsmittelschrift zugestellt ist. Lediglich auf Grund der Einreichung der Rechtsmittelschrift darf über den Antrag nicht erkannt werden. **RG. 50** 404.

2. Ueber den Zweck der Sicherheitsanordnung vgl. SächsAnn. **22** 207 (Dresden).

3. Die im § 707 zugelassene Einstellung der Zwangsvollstreckung kann zweifellos schon vor dem Beginne derselben angeordnet werden. Zwischen § 707 und § 769 besteht nun allerdings der Unterschied, daß im § 707 gesagt ist „. . . nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde", während es im § 769 heißt „fortgesetzt werde".

Indessen ist dieser Unterschied in der Fassung nicht entscheidend. Schon die Zulassung der Klage aus § 767 drängt darauf hin, auch eine Anordnung aus § 769 vor Beginn der Vollstreckung zuzulassen. Auch hat das **RG. 32** 395 mit Bezug auf den Ausdruck „daß . . . eingestellt werde" überzeugend dargethan, daß die praktische Handhabung dieser Vorschrift zu der Auffassung nöthigt, daß die Einstellung schon zulässig erscheint, sobald die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung durch das Vorhandensein eines vollstreckbaren Urtheils gegeben ist. — Dieser für die Auslegung des § 707 gegebene Grund trifft aber auch auf den § 769 zu, da auch hier der gleiche Ausdruck „daß eingestellt werde" wiederkehrt. OLG. 2 350 (Marienwerder).

4. Ob ein Gerichtsbeschluß eine Anordnung im Sinne der §§ 707, 719, 769, 771 oder eine einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 935, 940 und mit welchem Rechtsbehelf er anfechtbar ist, entscheidet sich nicht danach, welche Art von Beschluß nachgesucht war, noch danach, welche hätte erlassen werden müssen, sondern nur danach, welche Entscheidung das Gericht hat geben wollen. **RG.** JW. **01** 514.

5. a) Die lediglich im Interesse des Schuldners zugelassenen Maßregeln des § 707 können nicht von dem Gläubiger, der keine Berufung eingelegt hat, in seinem Interesse beantragt werden.

b) Die urtheilsmäßige Bestimmung über die Höhe der vom Gläubiger zu leistenden Sicherheit kann als Theil der getroffenen Entscheidung nicht ohne mündliche Verhandlung und nur auf Berufung der Parteien abgeändert werden. **RG.** JW. **01** 38.

6. Die §§ 707 und 719 sind auch anwendbar, wenn das Urtheil erst in der Berufungsinstanz gemäß § 534 für vorläufig vollstreckbar erklärt oder in zweiter Instanz die in erster Instanz gestellte Bedingung der Sicherheitsleistung in Fortfall gebracht ist. **RG. 47** 419.

7. a) Die Beschwerde ist trotz des § 707 Abs. 2 zulässig, wenn das Gericht den Antrag deswegen zurückweist, weil die Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 nicht vorliegen. **RG. 47** 419; JW. **01** 38, 59, 160.

b) Hieraus ergiebt sich, daß, wenn auch die Hinzufügung von Entscheidungsgründen zu Beschlüssen vom Gesetze nicht vorgeschrieben ist, ein Beschluß, durch

den ein Einstellungsantrag abgelehnt wird, wenigstens ersehen lassen muß, ob die Ablehnung aus dem angegebenen rechtlichen Grunde oder deshalb erfolgt ist, weil das Gericht die beantragte Hemmung der Zwangsvollstreckung nicht für sachgemäß befunden hat. OLG. 2 349 (Köln). Dagegen Gaupp-Stein § 707 Note 23.

8. Das Gericht kann jederzeit auf Antrag der betreffenden Partei eine andere Anordnung erlassen. RG. JW. 00 736.

§ 708. 1. Nr. 3. Wenn der gegen ein Versäumnißurtheil erhobene Einspruch durch ein zweites Versäumnißurtheil verworfen wird, das nach § 708 Nr. 3 für vorläufig vollstreckbar erklärt wird, so ist damit auch das erste Urtheil vorläufig vollstreckbar. OLG. 5 120 (KG.).

2. Nr. 4. Die Streitfrage, ob nach § 709 Nr. 4 klagabweisende Urtheile, durch die zugleich über die Kosten entschieden wird, falls diese 300 M. nicht übersteigen, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, wird bejaht in OLG 2 131 (Breslau), verneint eb. 132 (Köln).

§ 710. 1. Das die Klage abweisende Urtheil kann nicht gemäß § 710 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. OLG. 2 132 (Köln). Anders Gaupp-Stein zu § 710.

2. Ueber vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung „in Höhe des jedesmal beizutreibenden Betrags" vgl. OLG. 1 129 (KG.).

§ 711. 1. Der Antrag, die Berufung durch Versäumnißurtheil zurückzuweisen und das Urtheil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ist unbegründet. Denn § 711 bezieht sich nur auf solche Urtheile, bei welchen die Voraussetzungen der §§ 546, 547 vorliegen. Andererseits sind Urtheile der Oberlandesgerichte in Gemäßheit der §§ 708, 709, 710 für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Es kommt nun allerdings vor, daß die Berufung unter Verurtheilung des Berufungsklägers in die Kosten zurückgewiesen und das Urtheil nach § 709 Nr. 4 für vorläufig vollstreckbar erklärt wird. Dies ist aber unzulässig. Denn die Schlußbemerkung des § 709 Ziff. 4 läßt erkennen, daß es auf den Werth des Gegenstandes der Verurtheilung in der Hauptsache ankommt. Meyer, R. 01 85.

2. Auch Landsberg, PosMschr. 00 194 leugnet die Anwendbarkeit des § 711 auf Versäumnißurtheile. Ebenso OLG. Breslau, R. 01 179.

3. Zweifel sind in der Praxis aufgetaucht, welche Bedeutung dem § 711 zukommt, wenn das Oberlandesgericht die Berufung gegen das verurtheilende Erkenntniß erster Instanz verwirft.

a) Erler, DJZ. 00 437 führt hierzu aus: Hat das Landgericht in einem Falle, in dem die Revision unzweifelhaft unzulässig ist, das verurtheilende Erkenntniß gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt, so hat das Oberlandesgericht im Tenor des die Berufung zurückweisenden Urtheils auszusprechen, daß auch das landgerichtliche Urtheil ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar sei („die Urtheile sind vorläufig vollstreckbar"). Denn anderenfalls würde der Zweck des Gesetzes nicht erreicht, da nur das Landgerichtsurtheil den Titel zur Zwangsvollstreckung gewährt.

Ebenso OLG. 1 137 (Posen): Es muß im Sinne des § 711 liegend angesehen werden, daß die zur Herbeiführung der Vollstreckbarkeit des aufrecht erhaltenen Theiles des ersten Urtheils erforderliche Erklärung auf Antrag vom Berufungsgericht ausgesprochen wird. Geschähe dies nicht, so bliebe die Prüfung der Frage, ob das erste Urtheil unbedingt vollstreckbar sei, der Prüfung des Gerichts oder Gerichtsschreibers überlassen.

b) Dagegen nehmen die folgenden Erkenntnisse an, daß eine besondere Vollstreckbarkeitserklärung des ersten Urtheils überflüssig sei:

α. OLG. 3 332 (Hamburg): Zweifellos ist die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen, daß nicht bloß in den Fällen, wo die Verurtheilung des Schuldners abweichend von der Entscheidung des Vorderrichters erst im Berufungsurtheil ausgesprochen wird, sondern vollends da, wo beide Instanzen übereinstimmend zu diesem Ergebnisse gelangt sind, die Zwangsvollstreckung nicht in Rücksicht auf die formelle Möglichkeit einer Revisionseinlegung verzögert oder dem Gläubiger erschwert werden soll, wenn nach dem Ermessen des Gerichts die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision unzweifelhaft nicht vorliegen. Dieser gesetzgeberische Gedanke ist im § 711 auch zum Ausdrucke gelangt. Eine sprachliche Inkorrektheit liegt in seiner Fassung nicht. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berücksichtigen nicht, daß die Berufungsinstanz (im Gegensatze zur Revisionsinstanz) ein novum iudicium bildet, das je nach Umständen, auch wenn es zu einem gleichen Resultate gelangt wie die Vorinstanz, doch auf einer ganz anderen Grundlage beruht. Das Berufungsurtheil ist daher die Quelle der zur Vollstreckung gelangenden Entscheidung; es nimmt, wenn es mit der Entscheidung des Vorderrichters übereinstimmt, diese in sich auf, was dadurch zum Ausdrucke gebracht wird, daß es die Berufung gegen das erstinstanzliche Urtheil verwirft. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob im Einzelfalle das Berufungsurtheil auf Grund neuer Thatsachen und Beweise gefällt worden ist, oder ob der zweite Richter sich auf eine Nachprüfung der rechtlichen und thatsächlichen Beurtheilung des ersten Richters zu beschränken in der Lage war. Wenn in Fällen der vorliegenden Art, wo die Berufung verworfen wurde, gesagt zu werden pflegt, das Urtheil erster Instanz werde nunmehr zur Vollstreckung gebracht, so ist dies eine, wenn auch bequeme und unschädliche, so doch minder korrekte Ausdrucksweise.

Demnach ist eine besondere Vollstreckbarkeitserklärung des bestätigten Urtheils nicht erforderlich. Der Gerichtsvollzieher hat nach dem Tenore des ersten Urtheils auf Grund der Vollstreckbarkeitserklärung im Berufungsurtheile zu vollstrecken.

β. Ebenso SächsAnn. 23 356 (Dresden): Im § 710 ist allerdings nach dem bloßen Wortlaute nur von Urtheilen der Oberlandesgerichte die Rede. Danach entsteht die Frage, ob in einem Falle der vorliegenden Art, wo sich die Verurtheilung zur Hauptsache in dem Urtheile der ersten Instanz ausgesprochen findet, die Vorschrift im § 711 nur auf die Verurtheilung in die Kosten der Berufungsinstanz Anwendung finden könne. Das würde, wie die Begründung zu § 650a des Entwurfs ergiebt, dem Zwecke der Vorschrift nicht entsprechen. Wenn schon in erster Instanz das Vertheidigungsvorbringen des Beklagten als unerheblich angesehen und deshalb seine Verurtheilung ausgesprochen worden ist, das Oberlandesgericht aber seine Berufung zurückweisen will, so ist die Annahme, daß es dem Beklagten bei seiner Weigerung, dem Klagegesuche gerecht zu werden, nur um Zeitgewinn zu thun sei, jedenfalls noch berechtigter, als wenn er in erster Instanz Klagabweisung erzielt hätte und erst in der Berufungsinstanz unterlegen wäre. In jenem Falle liegt daher die Gefahr, daß er nach Zurückweisung seiner Berufung trotz des offenbaren Mangels der Voraussetzungen der Revision gleichwohl auch noch die dritte Instanz anrufen werde, noch näher. Bleiben solche Rechtsstreitigkeiten bei Anwendung der Vorschrift im § 711, wenigstens was die Hauptsache betrifft, unberücksichtigt, so würde jene Gesetzesbestimmung nur in selteneren Ausnahmefällen zur Anwendung kommen und gerade da versagen, wo sie von unverkennbarem Nutzen sein würde.

Es kann auch nicht mit Grund eingewendet werden, daß mit den vorstehenden Erwägungen in den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes („Urtheile der Oberlandesgerichte") ein Sinn hineingetragen werde, der im Widerspruche mit dem Wortlaute nur durch Heranziehung der Gesetzesbegründung gefunden worden sei. In Wirklichkeit erscheint die Anwendung des § 711 auf Urtheile

der hier fraglichen Art nicht einmal mit dem Wortlaute schlechthin unvereinbar. Die Zurückweisung einer Berufung bedeutet nichts weiter, als was man früher Bestätigung des angefochtenen Urtheils nannte, also wenn dieses auf Verurtheilung lautete, im Grunde genommen den Ausspruch, es solle bei dieser Verurtheilung verbleiben. Das Urtheil des Oberlandesgerichts wiederholt also nur die vom Landgericht ausgesprochene Verurtheilung.

c) Anscheinend entgegengesetzter Ansicht OLG. Naumburg, R. **02** 438: Der § 711 bezieht sich nur auf Urtheile, die eine Verurtheilung in der Hauptsache und nicht nur hinsichtlich der Kosten aussprechen, also auch nicht auf den Fall, wenn die Berufung zurückgewiesen und der Berufungskläger mit den Kosten belastet ist.

§ 713. 1. Das Erbieten des Gläubigers, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten, hat nicht die Verwerfung des Antrags des Schuldners, ihm nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, zur Folge. Es ist daher zu tenoriren, dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abzuwenden, falls Kläger nicht die angebotene Sicherheit seinerseits vorher leistet. Marcus, R. **00** 11 f. gegen Planck, Lehrbuch des Deutschen Civilproz. II 642.

2. Die zur Vermeidung vorläufiger Zwangsvollstreckung erlegte Sicherheit haftet dem Gläubiger pfandmäßig (mit Vorrang vor später aufgetretenen Pfändungspfandgläubigern) auch für den durch Prozeßvergleich festgestellten Forderungsbetrag. SächsAnn. **22** 207 (Dresden).

3. Ist zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urtheile Sicherheit hinterlegt worden, so darf auch aus dem Kostenfestsetzungsbeschlusse nicht vollstreckt werden. LG. Berlin I KGBl. **00** 57.

§ 715. 1. a) Die Rückgabe der Sicherheit ist anzuordnen, sobald ein durch Sicherheitsleistung zu deckender Anspruch des Beklagten nicht mehr besteht. KGBl. **00** 57 (KG.).

b) Ebenso, wenn ein Theilurtheil nach § 302 ergangen und rechtskräftig geworden ist. **RG.** **47** 364.

2. Gegen den die Rückgabe ablehnenden Beschluß ist eine einfache Beschwerde nach § 567 zulässig. **RG.** **47** 364. Ebenso Gaupp-Stein; a. M. Petersen-Anger.

3. Streitig zwischen den einzelnen Oberlandesgerichten ist die Frage, ob der prozeßbevollmächtigte Rechtsanwalt für den nach § 715 gestellten Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit die besondere Gebühr des § 24 GebO. f. RA. zu beanspruchen hat. Bejahend: Köln, Karlsruhe, Posen (OLG. **2** 270, **3** 169, **4** 270); verneinend: KG., Jena, Colmar (OLG. **4** 270, **2** 269, **5** 227).

§ 716. 1. Die Vorschrift des § 517 findet auch im Falle des § 716 Anwendung. OLG. 5 84 (Hamburg).

2. Der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung (§§ 718, 710) kann in der Berufungsinstanz nachgeholt werden. OLG. **5** 118 (Dresden).

§ 717. I. Schultze, Grünhuts Z. **28** 563 ff. Im Gegensatze zur alten CPO., zur konstanten Rechtsprechung des früheren Reichs-Oberhandels- und des Reichsgerichts, zu dem § 746 Entw. I BGB., sowie zu den Grundsätzen des BGB. §§ 823 ff. knüpft die Prozeßnovelle in den §§ 600 und 717 CPO. an den nackten prozessualen Thatbestand der Wiederaufhebung einer für vorläufig vollstreckbar erklärten und vollstreckten Verurtheilung die unbedingte civilrechtliche Pflicht des Klägers, dem Beklagten allen aus der stattgehabten Vollstreckung oder aus einer zur Abwendung derselben vom Beklagten gemachten Leistung etwa entstandenen Schaden zu ersetzen, ohne jede Rücksicht darauf, wer die vorläufig vollstreckbare Verurtheilung bzw. ihre demnächstige Wiederaufhebung verschuldet oder verursacht hat.

Da nun aber die Gründe und Thatsachen einer vorläufig vollstreckbaren Verurtheilung bzw. ihrer späteren Wiederaufhebung sehr verschiedenartige sind, so führt diese formalistisch-schablonenhafte Behandlung aller Fälle vielfach zu direktem Widerspruche mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes und mit der Gerechtigkeit und Billigkeit. Denn in den häufigsten Fällen liegt der Grund und die Verursachung der vorläufig vollstreckbaren Verurtheilung bzw. ihrer späteren Beseitigung entweder in der saumseligen ersten Vertheidigung des Beklagten oder in den von den betheiligten Gerichten gemachten Fehlern. Ersteres ist regelmäßig der Fall, wenn die Wiederaufhebung des Urtheils auf Grund neuer, erst in der Berufungsinstanz bzw. im Nachverfahren (§ 600) vorgebrachter Vertheidigungen erfolgt. Letzteres stets, wenn die Wiederaufhebung des Urtheils in einer verschiedenen Rechtsansicht der beteiligten Gerichte, also in einer stattgehabten Verletzung des Gesetzes durch eines derselben seinen Grund hat. Dieses ist die einzige Möglichkeit, wenn die Aufhebung des Urtheils durch das Revisionsgericht erfolgt, denn dieses kann überhaupt ein Urtheil nur aufheben, weil das Untergericht das Gesetz verletzt hat (§ 549). Ja es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsansicht des höheren Gerichts die unrichtige ist, und in diesem Falle trifft aus diesem Grunde den Kläger außer dem Verluste seines guten Rechtes auch noch eine vielleicht schwerwiegende Schadensersatzpflicht. Ein eklatantes Beispiel solcher Möglichkeit bietet der vom Reichsgericht (Entsch. **11** 415) mit Recht abgewiesene Entschädigungsanspruch. Besonders hart und in direktem Widerspruche mit § 122 BGB. ist diese unbedingte Schadensersatzpflicht ferner z. B. dann, wenn ein vollstrecktes Anerkenntnißurtheil (§§ 307, 708 Nr. 1) deshalb wieder aufgehoben wird, weil es dem Beklagten gelingt, sein Anerkenntniß gemäß §§ 119, 120 BGB. anzufechten; ebensowenig ist sie nach den Grundsätzen des BGB. gerechtfertigt, wenn das aufgehobene Urtheil ein zweites Versäumnißurtheil oder ein Eidesläuterungsurtheil war; ferner namentlich nicht in dem von der Novelle neu eingeführten Falle, wenn das Oberlandesgericht wegen seines Erachtens vorliegender Unzulässigkeit der Revision dem Kläger die Gefahrlosigkeit sofortiger Vollstreckung ausdrücklich versichert und das Revisionsgericht trotzdem das Urtheil aufhebt.

Gefährdet durch die neue Bestimmung wird namentlich auch der letzte in der CPO. noch bestehende Ueberrest einer sog. Wechselstrenge (vgl. dazu die Bemerkung zu § 600).

Die Begründung der **unbedingten** Schadensersatzpflicht in den Motiven der Novelle damit, daß die vorläufige Vollstreckung ein „ungewohnlicher" oder „außerordentlicher" Rechtsbehelf sei, ist aus verschiedenen Gründen unzutreffend. Hervorgehoben werden mag hier nur, daß der Beklagte in allen Fällen die drohende vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung aus der CPO. kennen und daher durch sofortige sorgsame Vertheidigung möglichst abwenden muß. Ueberdies aber soll derselbe schon bei Ausstellung eines Wechsels, eines Summenversprechens, einer exekutorischen Urkunde wissen, daß mit den ihm hieraus erwachsenden ökonomischen Vortheilen auch Gefahren verbunden sind, denen er vorzubeugen hat. Aehnliches gilt für ein gerichtliches Anspruchsanerkenntniß, für die doppelte Versäumniß u. A. Die durch § 717 dem Beklagten zugesagte Sicherheit, allen Schaden, den er etwa durch saumselige oder gar böswillig verschleppte Vertheidigung erleiden könnte, demnächst ersetzt zu erhalten, entwerthet jene strengen Verpflichtungsformen.

Offenbar hat die Novelle sich leiten lassen von dem unseren **Prozeß** beherrschenden **Formalprinzipe**, wonach die **prozessualischen** Wirkungen der Prozeßhandlungen sich lediglich an die vollzogene Form knüpfen ohne Rücksicht auf einen damit konkurrirenden anderen Willen bzw. auf ein Verschulden der Parteien. Allein die Uebertragung dieses bezüglich der **prozessualischen** Wir-

kungen nothwendigen Formalprinzips auf schwerwiegende civilrechtliche Schadensersatzansprüche führt ebenso nothwendig zu Widersprüchen mit dem bürgerlichen Rechte und der Billigkeit.

Bei der Feststellung und Abmessung eines Schadensersatzanspruchs kommt § 254 BGB. zur Anwendung, wie auch in der Reichstagskommission konstatirt wurde; — und zwar im allerweitesten Sinne eines „Verschuldens", also nicht nur im Falle des § 279 CPO., sondern regelmäßig, wenn der Beklagte die Aufhebung des Urtheils durch neu vorgebrachte Vertheidigungen erwirkt hat.

Der Schadensersatzanspruch kann „in dem rechtshängigen Rechtsstreite geltend gemacht werden", also auch, wenn die Aufhebung des Urtheils in der höheren Instanz erfolgt. Daraus folgt aber nur, daß die Form einer neuen Klagerhebung nicht erfordert wird, aber nicht, daß das höhere Gericht über dieselbe als Gericht erster und letzter Instanz zu erkennen hat. Vielmehr wird das Gericht höherer Instanz die Verhandlung und Entscheidung in allen Fällen dem Gericht erster Instanz zuzuweisen haben. Für das Revisionsgericht folgt dieses schon daraus, daß dasselbe die erforderlichen Beweise und thatsächlichen Feststellungen nicht erheben bzw. treffen kann. Aber auch an eine Zurückverweisung zur abermaligen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, etwa gemäß § 565 CPO., kann nicht gedacht werden, weil diese Widerklage vor dem Berufungsgerichte noch gar nicht rechtshängig war. Ferner hat auch das Berufungsgericht die Verhandlung und Entscheidung des vor ihm „geltend gemachten" Schadensersatzanspruchs dem Gericht erster Instanz zuzuweisen. Denn dasselbe kann über neuerhobene Ansprüche nur in den Grenzen des § 529 Abs. 2 verhandeln und entscheiden und muß nach § 538 sogar dann die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen, wenn dieses über den vor ihm erhobenen Anspruch überhaupt noch nicht entschieden hat. Davon aber, daß diese allgemein gültigen Rechtssätze über die Existenz der Rechtsmittel und ihre Struktur in Bezug auf die hier in Frage stehenden umfassenden civilrechtlichen Schadensersatzklagen durchbrochen und den Parteien der Instanzenzug genommen sein sollte, steht weder etwas im Gesetze noch auch in der Begründung, und alle inneren und technischen Gründe sprechen dagegen. (Vgl. auch oben zu § 529 Note I, § 600 Note II 1.

II. Abs. 2. 1. Ist die Beitreibung des mit der Klage geforderten Betrags (und die Aufhebung des Urtheils) vor 1900 erfolgt, so kommt § 655 a. F. zur Anwendung. **RG.** JW. **02** 254.

2. a) Die Vorschrift ist nicht anwendbar auf die vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Vollstreckungen. **RG.** Seuff. Bl. **02** 73. Ebenso **RG.** **JW. 02** 254, DJZ. **02** 241. Allerdings liegt der Rechtsgrund für den Rückforderungsanspruch in der prozessualen Thatsache, daß das vorläufig vollstreckbare Urtheil aufgehoben oder abgeändert ist, daß somit der Vollstreckungstitel nicht mehr oder nicht mehr in dem früheren Umfange besteht. Wenn aber dem Kläger der Anspruch, wegen dessen er die vorläufige Zwangsvollstreckung vorgenommen hat, später rechtskräftig zuerkannt ist, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen, da im Umfange der späteren rechtskräftigen Verurtheilung ein zu ersetzender Schaden des Schuldners nicht mehr vorliegt.

b) α. Die Vorschrift des § 717 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn die Vollstreckung des Urtheils oder die zu ihrer Abwendung gemachte Leistung, sowie die Aufhebung des Urtheils vor dem 1. Januar 1900 erfolgt sind. Denn die Vollstreckung bzw. Leistung in Verbindung mit der Urtheilsaufhebung begründen ein Schuldverhältniß, das sich bisher nach bürgerlichem Rechte bestimmte. Somit kommt Art. 170 EG. z. BGB. in Anwendung. OLG. **I** 13 (Karlsruhe).

β. Dagegen: **RG. JW. 01** 723. Die Rechtsfolgen, die eine neue Gesetzgebung an eine sich hinterher als materiell unberechtigt herausstellende vorläufige Vollstreckung zum Nachtheile des Klägers knüpft, müssen auch dann eintreten, wenn der Kläger unter der Herrschaft des neuen Gesetzes den durch die schon vorher vorgenommene Beitreibung herbeigeführten prozessualen Zustand auch nur aufrecht zu halten fortfährt.

3. a) Der Entschädigungsanspruch aus § 717 Abs. 2 ist nicht auf Erhebung im anhängigen Hauptprozesse beschränkt, sondern kann daneben mit besonderer Klage geltend gemacht werden. **RG. JW. 02** 254.

b) Die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz im anhängigen Verfahren ist auch im Wechselprozesse zulässig. OLG. **5** 50 (Köln).

c) Dagegen ist sie ausgeschlossen ein Verfahren über Arrest und einstweilige Verfügungen. **RG. 50** 406; **RG.** Seuff A **57** 381.

4. Alsdann ist auch die Aufrechnung mit Gegenansprüchen statthaft. OLG. Hamburg, HansGerZ. **01** 208 (Beibl.).

5. Die Bestimmung ist auch dann anwendbar, wenn die Klage in erster Instanz durch vorläufig vollstreckbares Urtheil abgewiesen worden ist und der Beklagte die Kosten auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses beigetrieben hat, das Urtheil aber alsdann aufgehoben worden ist. Daß Abs. 2 nur den Kläger für ersatzpflichtig erklärt, erklärt sich daraus, daß dies der regelmäßige Fall ist. Es kann daher auch der Kläger den ihm erwachsenen Schaden in dem anhängigen Rechtsstreite geltend machen. **RG. 49** 414, JW. **01** 842.

§ 718. Ueber die vorläufige Vollstreckbarkeit kann von dem Berufungsgerichte nur dann entschieden werden, wenn der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung bereits in erster Instanz gestellt worden ist. KGBl. **02** 82 (KG.).

§ 719. 1. Wenn auch die Einlegung der Berufung erst durch Zustellung der Berufungsschrift geschieht, also erst hierdurch der Rechtsstreit beim Berufungsgericht anhängig und das Berufungsgericht in die Lage versetzt wird, die Einstellung der Zwangsvollstreckung anzuordnen, so ist doch nicht schlechthin unzulässig, den Antrag auf Einstellung gleichzeitig mit der Einreichung der Berufungsschrift behufs Terminsbestimmung und Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers anzubringen. Wenn es schon nach den früheren Zustellungsvorschriften für zulässig und zweckmäßig anzusehen war, anstatt den Einstellungsantrag abzulehnen, den Vollzug der Anordnung einfach von dem Nachweise der erfolgten Zustellung abhängig zu machen, so muß dies um so mehr auf Grund der neuen Zustellungsvorschriften gelten (§ 207 Abs. 2). **RG. 50** 404.

2. Die §§ 719, 707 sind auch auf den Fall anwendbar, daß das Urtheil, aus dem die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, erst in der Berufungsinstanz gemäß § 534 für vorläufig vollstreckbar erklärt, oder daß, wenn in erster Instanz die vorläufige Vollstreckbarkeit nur gegen Sicherheitsleistung ausgesprochen war, diese Bedingung in der Berufungsinstanz in Wegfall gebracht ist. **RG. 47** 420, JW. **01** 59.

3. Da eine Anschlußberufung wirksam nur in der mündlichen Verhandlung über die Berufung erklärt werden kann, erfüllt die bloße Ankündigung der Anschließung mittels Schriftsatzes nicht die Voraussetzungen des § 719. OLG. **3** 331 (Stuttgart).

4. Die einstweilige (gegen Sicherheitsleistung verfügte) Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Versäumnißurtheile wirkt nicht gegenüber dem danach ergehenden endgültigen, das Versäumnißurtheil aufrecht erhaltenden Urtheile. SächsAnn. **23** 161 (Dresden).

5. Auf Arrest und einstweilige Verfügungen findet diese Vorschrift keine Anwendung, auch wenn sie durch Urtheil ergangen sind. **RG. JW. 00** 623.

§ 722. I. 1. Die Klage ist positive Feststellungsklage, ihr Gegenstand ein Vollstreckungsanspruch des Klägers. Da auch die Klagen aus § 731, aus § 767 und aus § 768 (positive bzw. negative) Feststellungsklagen bezüglich eines Vollstreckungsrechts sind, so steht es dem Kläger frei, die in §§ 726 ff. bezeichneten Umstände, dem Beklagten aber, die Vertheidigungsmittel aus §§ 767, 768 als materielle Einwendungen, in dem Verfahren über die Vollstreckungsklage zur Geltung zu bringen. Unzulässig sind dagegen Restitutions- und Nichtigkeitsgründe, da die Wiederaufnahmeklagen Bewirkungsklagen sind. Das ausländische Urtheil muß zu einer Zwangsvollstreckung Anlaß bieten; daher bedürfen Feststellungsurtheile im Bewirkungsurtheil (insbesondere solche nach Art von § 894) zu ihrer Anerkennung (soweit diese nicht zufolge § 328 überhaupt ausgeschlossen ist) keines besonderen Vollstreckungsurtheils. Langheineken, Urtheilsanspruch 172 ff.

2. Von der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils gilt dasselbe wie von der Klage des § 731. Hellwig, Anspruch 175; siehe Hellwig zu § 731.

II. 1. Unter „Urtheilen“ sind alle Entscheidungen auswärtiger Gerichte zu verstehen, die einen anhängigen Rechtsstreit auf Grund eines beiden Theilen Gehör gewährenden, vielleicht nur summarischen Verfahrens endgültig erledigten.

Es gehören daher unter die Urtheile auch die österreichischen Wechselzahlungsaufträge, die in Rechtskraft übergehen, sobald nicht binnen 3 Tagen Einwendungen erhoben werden. OLG. Dresden, DJZ. **02** 155.

2. Bei der Frage, ob die Gegenseitigkeit verbürgt sei, muß von der jeweiligen Sachlage ausgegangen werden, und es ist zu prüfen, ob der ausländische Gesetzgeber in einem gleichartigen Falle die Vollstreckbarkeit gewähre. SächsAnn. **21** 374 ff. (Dresden).

3. Aus einem österreichischen Kostenfestsetzungsbeschlusse (Honorarforderung eines Rechtsanwalts betr.) kann nicht auf Erlassung eines Vollstreckungsurtheils geklagt werden, da solche Beschlüsse keine endgültige Regelung des Streitverhältnisses bezwecken. SächsAnn. **21** 527 (Dresden).

§ 723. 1. Die im § 328 aufgezählten Versagungsgründe ergeben an sich keine prozessualen Einreden gegen die Vollstreckungsklage; ihre Negativen sind Existenzvoraussetzungen des durch § 722 verliehenen Feststellungsanspruchs. Langheineken, Urtheilsanspruch 173 Anm. 4.

2. Der deutsche Richter ist keineswegs darauf angewiesen, bloß dasjenige Material zu berücksichtigen, welches bereits im ausländischen Vorprozesse Verwerthung gefunden habe. Er darf vielmehr auch solche Thatumstände berücksichtigen, die erst neuerdings vor ihm selbst geltend gemacht werden, um die Zuständigkeit des früher mit der Sache befaßten ausländischen Richters auch nach deutschem Rechte als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. OLG. 5 120 (Dresden).

3. Der Beklagte darf gegen die Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils die Vereinbarung geltend machen, die Entscheidung nicht vollstrecken zu lassen. Wenn auch das Vollstreckungsurtheil an sich noch nicht den Beginn der Zwangsvollstreckung bildet, so enthält es doch die gerichtliche Feststellung, daß die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit des ausländischen Urtheils sämmtlich erfüllt seien, so daß nunmehr gegen den Beklagten im Inlande sofort und ohne Weiteres vorgegangen werden dürfe. OLG. Dresden, DJZ. **02** 155.

§ 724. 1. Die Ertheilung der Vollstreckungsklausel ist keineswegs nur eine Beurkundung der formellen Vollstreckbarkeit, sondern sie macht die Voraussetzungen vollständig, die sämmtlich erfüllt sein müssen, damit der Gläubiger das Recht zur Beitreibung der Vollstreckung erlangt. Hellwig, Anspruch 170.

2. Ist die Vollstreckungsklausel gesetzwidrig ertheilt, so ist der vollstreckbare Schuldtitel nicht von selbst nichtig, und es kann auch nicht auf Nichtigkeitserklärung

geklagt werden, die Partei kann vielmehr nur die in den §§ 732, 767, 768, 797 vorgesehenen Rechtsbehelfe geltend machen. RG. JW. **00** 753.

§ 725. Enthält eine notarielle Urkunde zugleich eine Erklärung der im § 794 Abs. 1 Nr. 5 und eine Erklärung der im § 794 Abs. 2 bezeichneten Art, so genügt die einfache Vollstreckungsklausel des § 725, um den Gläubiger zu der Zwangsvollstreckung aus den beiden in der Urkunde verbundenen Schuldtiteln zu ermächtigen. OLG. **1** 258 (BayrObLG.).

§ 726. 1. Ob dem Gläubiger im einzelnen Falle der Beweis obliegt, entscheidet das materielle Recht. Die Ansicht von Eccius, Privatrecht I § 107 Anm. 29 und Falkmann, Zwangsvollstreckung (2) 121, der § 726 sei dahin zu verstehen, daß, wenn nach dem Urtheil oder der Urkunde die Vollstreckung von einer Thatsache abhänge, der Eintritt dieser Thatsache unter allen Umständen dem Richter zu erweisen sei, auch wenn im Prozesse die Beweislast dem Gegner obliegen würde, ist unrichtig.

Bei kassatorischer Klausel liegt nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner der Beweis ob. Die Ausfertigung ist daher in einem solchen Falle ohne Weiteres zu ertheilen. OLG. **3** 150 (KG.).

2. Eine im Widerspruche mit den Vorschriften des § 726 ertheilte Vollstreckungsklausel ist rechtsungültig. OLG. **4** 139 (Köln).

3. (§ 730.) Die Anordnung des Vorsitzenden bildet eine derart wesentliche Voraussetzung für die Ertheilung der Klausel und damit für die Vollstreckbarkeit des Urtheils selbst, daß in deren Ermangelung eine rechtswirksame Vollstreckungsklausel überhaupt nicht vorliegt und deshalb die vom Vollstreckungsgericht in allen Fällen zu prüfenden Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung nicht gegeben sind. OLG. **2** 34 (Posen).

§ 727. 1. Rechtsnachfolger ist der Schuldsukzessor, der Singularnachfolger so gut wie der Erbe, der an die Stelle des Schuldners tretende Nachfolger so gut wie derjenige, der neben dem bisherigen Schuldner in die rechtshängige Schuld eintritt. Hellwig, Anspruch 283 Note 12.

Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge siehe Hellwig o. Ziff. I zu § 325.

2. Die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Erben kann nach § 727 erfolgen, muß aber nicht erfolgen. OLG. **5** 64 (Jena). Anders: OLG. Hamburg, HansGerZ. **00** 300. Eine neue Klage gegen die Erben an Stelle des in §§ 727, 731 vorgeschriebenen Weges auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel ist ausgeschlossen.

3. Die obligatorische Verpflichtung des Miethers, die Sache dem Vermiether herauszugeben, macht diese nicht streitbefangen. OLG. **2** 350 (Rostock).

4. Der Konkursverwalter ist im Sinne des § 427 als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners anzusehen. OLG. **5** 450 (Hamburg).

5. Eine vollstreckbare Ausfertigung des für oder gegen den Erblasser ergangenen Urtheils kann für oder gegen den Nachlaßpfleger ertheilt werden. OLG. **2** 127 (Kiel).

6. Aus einem gegen den gütergemeinschaftlichen Mann ergangenen Urtheile kann die Vollstreckungsklausel nicht gegen die Erben der Frau ertheilt werden. OLG. **4** 140 (Marienwerder).

§ 728. Hellwig, Anspruch 259 will § 728 Abs. 2 analog anwenden auf ein gegenüber dem Nachlaßpfleger ergangenes Urtheil und (262) auf den Fall, daß ein gegenüber dem Verwalter ergangenes Urtheil für und gegen den Gemeinschuldner wirkt.

§ 729. § 729 ist lex specialis gegenüber dem § 727, der ohne Weiteres auf den Vermögensübernehmer auch bei Uebernahme pendente lite Anwendung finden müßte. Hellwig, Rechtskraft 327.

§ 730. (s. o. Ziff. 3 zu § 727.) 1. Ueber die Ertheilung einer weiteren Vollstreckungsklausel (Abänderung einer bereits ertheilten) hat der Gerichtsschreiber zu entscheiden, und zwar, wenn er den Antrag seinerseits ablehnen zu müssen glaubt, selbständig. Nur wenn er die weitere Klausel ertheilen will, hat er die Entscheidung des Richters einzuholen, und dies ist seine Sache, nicht Pflicht der Parteien.

Gegen den ablehnenden Bescheid des Gerichtsschreibers braucht die Entscheidung des Gerichts nicht binnen einer Nothfrist nachgesucht zu werden. OLG. 5 450 (Hamburg).

2. Die durch die Vorschriften der §§ 726, 730 dem Vorsitzenden auferlegte Prüfungspflicht erstreckt sich lediglich auf den formalen Punkt, ob der Beweis für die urtheilsmäßig vom Gläubiger zu bewirkende Vorleistung oder Zug-um-Zugleistung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt ist. RG. JW. 01 315.

§ 731. I. 1. Das auf die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel ergehende Urtheil ersetzt nicht etwa die Vollstreckungsklausel, sondern schafft erst den Titel, auf Grund dessen die vollstreckbare Ausfertigung ertheilt wird. Das angegangene Gericht ist nicht Vollstreckungsgericht, sondern Prozeßgericht. Hellwig, Anspruch 170. Das Urtheil führt eine rechtskraftfähige Entscheidung über den Anspruch herbei im Gegensatze zu der Entscheidung der Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber (171). Prozeßgegenstand ist die für oder gegen den Rechtsnachfolger bestehende Forderung aus dem Darlehen, Kaufvertrag u. s. w., also der materielle Anspruch auf Leistung, nicht etwa eine davon unterscheidbare Forderung aus dem Urtheile, nicht ein „Prozeßanspruch" auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel und noch weniger lediglich die Frage der Rechtsnachfolge als solche. Das der Klage statigebende Urtheil spricht das Befriedigungsgebot wegen der gegen den Autor bereits rechtskräftig festgestellten Forderung als einer für oder gegen den Rechtsnachfolger bestehenden aus und stellt dadurch implicite fest, daß die Forderung in dem nach § 767 II maßgebenden Zeitpunkte besteht; s. a. Hellwig, Rechtskraft 47 ff.

Die Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel ist keine Vollstreckungsmaßregel. Hellwig, Rechtskraft 50.

2. Die Klage ist positive Feststellungsklage, ihr Gegenstand der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers. Da auch die Einwendungsklage aus § 767 (negative) Feststellungsklage bezüglich eines Vollstreckungsanspruchs ist, so sind Einwendungen der daselbst bezeichneten Art als materielle Einwendungen gegen jene Klage zu verwerthen. Dagegen können Restitutions- oder Nichtigkeitsgründe nicht geltend gemacht werden, da die Wiederaufnahmeklagen Bewirkungsklagen sind. Langheineken, Urtheilsanspruch 167 ff.

II. 1. Die Klage aus § 731 erfordert nicht, daß der Gläubiger die Unmöglichkeit des Nachweises des Eintritts oder Nichteintritts der Bedingung durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden darthut; es genügt vielmehr, daß er thatsächlich nicht im Besitze solcher Urkunden ist. RG. JW. 00 155.

2. Der Schuldner kann der Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Einwendungen entgegensetzen, die den Anspruch betreffen, für den die Klausel nachgesucht wird. OLG. Colmar, Elf. Lothr. JZ. 25 497.

§ 732. 1. Die Frage, ob der Schuldner Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel erheben kann, bevor dieselbe ertheilt ist, wird von Levy, Gruchots Beitr. 45 329 ff., im Gegensatze zum Landgericht I Berlin, das eine einstweilige Anordnung dahin erlassen hatte, daß ein Notar zu der von ihm aufgenommenen Urkunde die Vollstreckungsklausel nicht ertheilen dürfe, verneint.

2. (§§ 767, 768.) Im Allgemeinen sind die von der CPO. für Streitigkeiten in Zwangsvollstreckungssachen gegebenen Vorschriften über Verfahren und Zuständigkeit im Sinne der Ausschließlichkeit der bestimmten Gerichte und des angeordneten Verfahrens auszulegen. Allein an gesetzlicher Zulassung einzelner Ausnahmefälle kann nicht gezweifelt werden und namentlich geht aus § 768 deutlich hervor, daß zur Bekämpfung der Zwangsvollstreckung gegen den angeblichen Rechtsnachfolger der Klageweg, daneben aber der im § 732 daselbst beschriebene Beschwerdeweg gegeben sein soll.

Die weitere Frage, ob die einmal getroffene Wahl zwischen Klage- und Beschwerdeverfahren entscheidend ist, und ob der Richterspruch in dem einen dieser Verfahren Rechtskraft gegenüber dem anzustrengenden weiteren Verfahren schafft, ist dahin zu beantworten, daß jedenfalls durch Anbringung der Einwendungen nach § 732 spätere Klagerhebung nach §§ 761, 768 nicht gehindert und durch die Beschlußfassung im Einwendungsverfahren dem späteren Urtheil im Klageverfahren nicht vorgegriffen wird. **RG. 50** 373.

§ 733. 1. Gegen die Versagung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch den Vorsitzenden ist nach § 576 die Entscheidung des Gerichts anzurufen. OLG. **3** 333 (Zweibrücken).

2. Gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts, durch die die Ertheilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung bestätigt wird, giebt es keine Beschwerde. Die Vorschrift im § 793 ist nicht anwendbar, da es sich bei Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung lediglich um die Vorbereitung der auf Grund derselben einzuleitenden Zwangsvollstreckung handelt. Ebensowenig greift § 567 Abs. 1 ein. OLG. **4** 361 (Hamburg).

§ 736. Auch wenn eine Forderung gegen alle Gesellschafter mit dem Gesellschaftsverhältnisse nicht zusammenhängt, ist der Gläubiger doch in der Lage, durch Verklagung Aller ein dem § 736 genügendes Urtheil zu erlangen. Hellwig, Anspruch 205.

§ 738. § 738 (post rem iudicatam) steht im Widerspruche zu § 727 (der Nießbraucher ist Rechtsnachfolger); siehe Hellwig o. Ziff. I zu § 325. Eine Lösung ist nur möglich, daß man § 738 als lex specialis betrachtet. Hellwig, Rechtskraft 327.

§ 739. I. 1. Ueber die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung siehe Hellwig Ziff. 3a zu § 1411 BGB.

Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände ist die generelle Form der Klage, durch welche die beschränkte Haftung eines Schuldners geltend zu machen ist. Hellwig, Anspruch 322.

2. Hierzu Seuffert, Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen CPO., Gruchots Beitr. **43** 133 ff.: Soweit die Gläubiger der Frau nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes berechtigt sind, ohne Rücksicht auf die Verwaltung oder Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute zu verlangen, können sie die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut betreiben. Aber sie bedürfen dazu zweier Vollstreckungstitel: eines auf Leistung gegen die Frau und eines auf Duldung gegen den Mann.

Die Klage gegen den Mann kann, verbunden oder selbständig mit der gegen die Frau, vor, während und nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs gegen die Frau erhoben werden.

Wird eine Klage gegen Mann und Frau erhoben, so sind die Ehegatten nothwendige Streitgenossen im Sinne des § 62,[1] soweit sich nicht aus der konkreten Vertheidigung ein Anderes ergiebt. Werden die Klagen gesondert erhoben,

---

[1]) A. M. Gaupp-Stein 4 zu § 739; OLG. 2 209 (KG.).

so hat das für oder gegen den einen Ehegatten ergangene Urtheil keine Rechtskraft gegenüber dem anderen (136).

Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn beide Titel bereits zugestellt sind oder gleichzeitig zugestellt werden (136).

Wird eine Zwangsvollstreckung in eingebrachtes Gut vollzogen, ohne daß der erforderliche zweite Titel gegen den Ehemann vorliegt, so ist sie formell nicht ordnungsmäßig. Wegen dieser Ordnungswidrigkeit kann sowohl der Mann als die Frau[1]) Einwendungen nach § 766 erheben. Der Mann kann aber auch, da er in seinem materiellen Verwaltungs- und Nutzungsrechte verletzt ist, Widerspruchsklage nach § 771 erheben, wenn die Verbindlichkeit eine solche ist, daß er die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nicht zu dulden braucht.[2])

3. Ueber die Frage, ob die Verwaltungsbehörden befugt sind, in den vollstreckbaren Ausstandsverzeichnissen den Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau zu verurtheilen, äußern sich in Seuff. Bl. **67** 397: a) Amtsrichter Hackel in Lauf. Er verneint die Frage unter Berufung auf GVG. § 13. Ob der Ehemann verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden, bemißt sich nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechtes über das eheliche Güterrecht. Zur Entscheidung hierüber sind die Verwaltungsbehörden nicht befugt.

b) Staatsanwalt Meikel. Er wendet sich gegen Hackel. Aus GVG. § 13 ist für die Frage nichts zu entnehmen. Ist die Verpflichtung der Frau im öffentlichen Rechte begründet, so hat nothwendiger Weise auch die Haftung des Mannes, gleichviel, ob er als Gesammtschuldner oder nur mit deren eingebrachtem Gute haftet, im öffentlichen Rechte ihren Grund. Dann sind auch die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zuständig, nicht nur über die Verpflichtung der Frau, sondern auch über die Haftung des Mannes zu entscheiden.

II. 1. Die Verurtheilung der Eheleute als Gesammtschuldner ersetzt die Verurtheilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung nicht. Seuff. A. **56** 37, 162 (Dresden, Breslau).

2. Nach OLG. 3 4 (KG.) soll Verurtheilung der Frau „im Beistand ihres Mannes" genügen.

3. Die Klage gegen den Mann auf Duldung kann selbständig neben der gegen die Frau gerichteten angestellt werden. Geschieht dies nicht, wird vielmehr eine Klage gegen den Mann mit der gegen die Frau verbunden, so findet eine Klageverbindung statt, die an sich niemals eine nothwendige Streitgenossenschaft bedingt. OLG. 2 209 (KG.).

4. Der Ehemann, der zusammen mit seiner Ehefrau auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt ist, kann nicht als Zeuge vernommen werden. OLG. Dresden, SächsA. **11** 641.

5. (§§ 592, 602.) Die bloße Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen seiner Ehefrau, welche von dem verklagten Ehemanne verlangt wird, stellt nur eine akzessorische Ergänzung der gegen die Ehefrau angestrengten Wechselklage dar. Für dieses akzessorische Verhältniß muß es genügen, wenn der Gegenstand der Hauptklage sich für den Wechselprozeß eignet. **RG. 50** 51 ff. Anders Marcus, R. **00** 104.

6. Die Klage aus § 739 ist ein Akzessorium der Hauptklage. Wo daher die auf Leistung beklagte Ehefrau Recht zu nehmen hat, da hat auch der Mann

---

[1]) Gegen die Legitimation der Frau vgl. Gaupp-Stein 2 zu § 739: Die Einwendung betrifft nicht die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, sondern nur deren Voraussetzungen dem Manne gegenüber.

[2]) Gegen diese Einschränkung Gaupp-Stein 2 zu § 739. Vgl. auch unten zu § 766.

die Klage des Gläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung über sich ergehen zu lassen. OLG. 5 129 (Dresden).

7. Der durch die Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung gesicherte Anspruch kann nicht ohne Verurtheilung des Mannes zur Duldung aus dem Grundbuch entfernt werden. OLG. 3 4 (KG.).

8. Daraus, daß eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut auf einen lediglich gegen die Ehefrau verlangten Vollstreckungstitel hin nicht statthaft ist, darf die Unzulässigkeit einer gegen die Frau allein wegen Haftung des eingebrachten Gutes gerichteten Klage nicht gefolgert werden. OLG. 2 219 (Kiel).

9. (§ 93.) Der auf Duldung verklagte Ehemann haftet für die Prozeßkosten auch dann, wenn er den Anspruch sofort anerkennt. Er hatte die Verpflichtung, entweder seiner Frau diejenigen Baarmittel, deren sie zur Begleichung bedurfte, rechtzeitig aus dem eingebrachten Gute zur Verfügung zu stellen oder doch wenigstens alle Vorkehrungen zu treffen, welche erforderlich waren, um dem Kläger die Verfolgung seiner Ansprüche und deren Vollstreckung zu ermöglichen, ohne daß hierzu noch eine ausdrückliche Aufforderung des Gläubigers nöthig gewesen wäre. Auch ohne ausdrückliche Anregung ist der Ehemann zur Ausstellung einer dem § 794 entsprechenden Urkunde verpflichtet. OLG. 2 295 (Dresden). Anders Gaupp-Stein 4 zu § 739, der eine Aufforderung des Gläubigers verlangt.

10. Durch ein einfaches schriftliches Anerkenntniß seiner Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden, befreit sich der verklagte Ehemann nicht von seiner Kostenpflicht. Er muß den Gläubiger in den Stand gesetzt haben, ein gegen die Frau ergangenes Urtheil sofort in das eingebrachte Gut vollstrecken zu können. OLG. 5 398 (KG.); KGBl. **02** 105 (KG.).

§ 740. I. 1. Der Titel gegen den Ehemann muß auf Leistung, nicht auf Duldung lauten. Seuffert a. a. O. 140.

Gegen eine Zwangsvollstreckung, die auf Grund eines nur gegen die Ehefrau lautenden Titels im Gesammtgute vollzogen wird, kann der Ehemann Widerspruchsklage nach § 771 nur dann erheben, wenn es sich nicht um eine Gesammtgutsverbindlichkeit handelt. Seuffert a. a. O. 140; a. M. Gaupp-Stein, die Widerspruchsklage unbeschränkt zulassen.

2. Kann auf Grund des § 740 das gegen den Ehemann erwirkte Urtheil unmittelbar auch in das Gesammtgut vollstreckt werden, das sich im Besitze der Ehefrau befindet, oder ist im § 740 nur bestimmt, daß überhaupt in das Gesammtgut vollstreckt werden könne, daß dagegen nach wie vor die §§ 808, 809 Anwendung finden?

a) Im Sinne der ersten Alternative § 48 Abs. 3 der Preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollz. vom 1. 12. 99 sowie Preuß. JMBl. **00** 22 ff., Falkmann, Die Zwangsvollstreckung in Vermögensmassen, an denen eine Mehrheit von Personen betheiligt ist, DJZ. **00** 175 ff., 356 ff.; Neukamp, zu § 740.

b) Im Sinne der zweiten Alternative Planck, Die Bedeutung des § 740 der CPO., ebenda **00** 77 ff., 246 ff.

Durch diese Vorschriften werden die §§ 808, 809 nicht berührt. Die Bedeutung des § 740 beschränkt sich darauf, daß es nicht allein das Vermögen des Ehemanns ist, in das aus einem Urtheile gegen ihn vollstreckt werden kann. Dagegen besagt die Bestimmung nicht, daß aus dem Urtheile gegen den Ehemann auch unmittelbar gegen die Frau vollstreckt werden könne, wenn sich nämlich das Gesammtgut im Besitze der Frau befindet. In diesem Falle muß sich der Gläubiger nach allgemeinen Regeln den Anspruch des Ehemanns gegen die Frau auf Herausgabe der Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen lassen. Einen solchen Anspruch hat der Ehemann bei der Gütergemeinschaft

immer gegen die Ehefrau, weil er allein zum Besitze des Gesammtguts berechtigt ist. Wie Planck auch OLG. 5 131 (Hamburg), Seuffert a. a. O. 144, Gaupp-Stein, Petersen-Anger, Struckmann-Koch u. A.

II. 1. Da es in der Literatur streitig ist, ob ein nur gegen den Mann erlangtes Urtheil zur Zwangsvollstreckung in ein zwar zum Gesammtgute gehöriges, aber im Grundbuche nur auf den Namen der Frau eingetragenes Recht genügt, so ist es bei dem Interesse des Klägers an einem einwandsfreien Vollstreckungstitel für zulässig zu halten, daß er die Klage wegen eines Anspruchs gegen den Ehemann auch gegen die gütergemeinschaftliche Ehefrau richtet. OLG. 3 242 (Stettin).

2. Zu der gemäß § 800 gegen jeden Eigenthümer des belasteten Grundstücks wirksamen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist, wenn das Grundstück zum Gesammtgute der ehelichen Gütergemeinschaft gehört, nicht deswegen der Mann allein befugt, weil nach § 740 zu der Zwangsvollstreckung in das Gesammtgut ein gegen ihn ergangenes Urtheil genügt. BayrObLG. R. 02 352.

3. Besteht zwischen den Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft, so können auf Grund eines gegen den Ehemann allein gerichteten und nur mit einer gegen ihn lautenden Vollstreckungsklausel versehenen Urtheils auch solche Hypothekenforderungen ohne Weiteres gepfändet werden, die im Grundbuch auf den Namen der Frau eingetragen sind, ohne daß es erst einer Klage gegen die Frau auf Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs bedürfte. OLG. Köln, R. 02 77.

4. Der § 740 setzt voraus, daß die Gütergemeinschaft zur Zeit der Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist. OLG. 4 140 (Marienw.).

§ 741. I. 1. (Ueber das Verhältniß des § 741 zu § 1405 BGB. vgl. zunächst Ziff 5 zu § 1405.) Soweit sich das eingebrachte Gut oder das Gesammtgut im Besitze des Mannes befindet, ist die Pfändung aus dem Urtheile gegen die Ehefrau nach § 809 nur dann zulässig, wenn der Ehemann zur Herausgabe bereit ist. Planck, DJZ. 00 80.

2. Diese Erleichterung der Vollstreckung in das eingebrachte Gut der ein Erwerbsgeschäft betreibenden Frau kommt formell nicht bloß den Geschäftsgläubigern, sondern allen Gläubigern der Frau zu Gute. Da aber immerhin auch die Geschäftsfrau Schulden haben kann, deretwegen sich der Mann die Vollstreckung in das eingebrachte Gut nicht gefallen zu lassen braucht, so muß der Mann die Möglichkeit haben, gegen die Vollstreckung Widerspruch nach § 771 zu erheben. Das ist im § 774 vorgesehen. Ueber die Beweislast ist im Gesetze nichts gesagt. Man wird annehmen müssen, daß der Mann die zur Begründung der Widerspruchsklage erforderliche Behauptung, daß die Verbindlichkeit seiner Frau nicht aus einem zu deren Geschäftsbetriebe gehörenden Rechtsgeschäfte herrührt, beweisen muß. Dagegen ist der Gläubiger beweispflichtig, wenn er Einwilligung behauptet. Seuffert a. a. O. 138.

2. Der Ehemann kann auf Duldung der Vollstreckung, wenn er dazu überhaupt verpflichtet ist, auch im Falle des § 741 verklagt werden, ja selbst dann, wenn er sich in einer gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde der Zwangsvollstreckung unterworfen hat, falls die Verurtheilung dem Gläubiger einen größeren Vortheil bietet. Die Kosten fallen dem Ehemanne zur Last, es sei denn, daß er in einer Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 die sofortige Zwangsvollstreckung bewilligt hat. Petzold, JW. 02 335.

3. Da privatrechtlich (BGB. § 1405 Abs. 1) nur die Geschäftsgläubiger eine Forderung gegen den Mann haben, das Recht, die Pfändung des Eheguts zu betreiben, aber jedem Inhaber eines Vollstreckungstitels zusteht, so kann der

Mann gegen einen vollstreckenden Nichtgeschäftsgläubiger darauf klagen, daß die Vollstreckung für unzulässig erklärt werde (§ 774 CPO). Hellwig, Anspruch 328. Voraussetzung ist, daß jenem Rechte ein in Ansehung des Eheguts wirksamer Anspruch deshalb nicht zu Grunde liegt, weil der Rechtsstreit nicht zu denen gehört, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt (§ 1405 Abs. 1 BGB.). § 741 enthält a) die Anerkennung, daß der Vollstreckungstitel, der gegen die mit Wirkung gegen den Mann prozessirende Frau erlangt ist, materiell auch einen Titel gegen den Mann bildet, und b) die formelle Vorschrift, daß gegen ihn ohne Weiteres die Vollstreckung auf Grund jenes Titels betrieben werden kann (Ausnahme von § 750).

II. 1. Der § 741 findet auch auf die vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehen Anwendung. OLG. 5 330 (KG.).

2. Das KG. (OLG. 5 329) entscheidet die Frage, ob nach § 741 auf Grund des gegen die Frau erlangten Titels auch in das eingebrachte Gut der Frau vollstreckt werden dürfe, obwohl sich dieses im Gewahrsame des Mannes befindet und dieser seine Bereitwilligkeit zur Herausgabe der Pfandstücke nicht erklärt hat, mit Falkmann in bejahendem Sinne. Es ist sowohl aus dem Wortlaut als aus der Stellung der Vorschrift zu entnehmen, daß ihre Bedeutung sich nicht in der materiellen Zurückdrängung der Rechte des Mannes erschöpft (Planck), sondern auch formell sich darin äußert, daß auf Grund des Titels gegen die Frau ohne Weiteres gegen den Mann vollstreckt werden kann. Ebenso LG. Leipzig, SächsA. 11 755; anders OLG. 5 131 (Hamburg).

3. Die Rechte des Gläubigers können sich nicht auf solche Nutzungen und Einkünfte aus dem eingebrachten Gute erstrecken, die der nutznießende Mann bereits für sich erworben hat und die deshalb nicht mehr einen Bestandtheil des eingebrachten Gutes bilden. OLG. 2 478 (KG.).

§ 742. 1. Die Vorschrift ist selbstverständlich, da der Ehemann Schuldsukzessor ist (s. Hellwig, Ziff. 1 zu § 727 u. Ziff. I zu § 325 CPO.) und § 727 ohne Weiteres Anwendung findet. Hellwig, Rechtskraft 324.

2. Zum Nachweise genügt die Behauptung des gesetzlichen Güterstandes, da für ihn eine Vermuthung spricht. Gaupp-Stein Note II zu § 742. Anders Seuffert a. a. O. 139, Neukamp, die den Nachweis des gesetzlichen Güterstandes verlangen.

§ 743. Wenn die Gütergemeinschaft durch den Tod der Frau schon vor dem Urtheil aufgelöst und der Mann allein verurtheilt ist, darf die Vollstreckungsklausel nicht gegen die Erben der Frau ertheilt werden. OLG. 4 140 (Marienwerder).

§ 744. Hellwig, Anspruch 338 zu Note 7 will auch während bestehender Ehe zur Vollstreckung in das Gesammtgut eine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Frau ertheilen, wenn sie z. B. im ausschließlichen Gewahrsame von Gesammtgutssachen ist oder im Grundbuch als alleinige Inhaberin eines Gesammtgutsrechts eingetragen ist.

Hat die Frau mit Wirksamkeit für das Gesammtgut prozessirt, so ist § 744 analog anzuwenden und die vollstreckbare Ausfertigung für und gegen den Mann in Ansehung des Gesammtguts zu ertheilen. Hellwig, Anspruch 344 ff.

§ 746. Die Bedeutung des § 746 liegt lediglich darin, daß an der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das Kindesvermögen auch dadurch nichts geändert werden soll, daß dieses der elterlichen Nutznießung unterliegt. Planck, DJZ. 00 80. Dagegen Falkmann, DJZ. 00 177:

Auf Grund des Urtheils gegen das Kind kann unmittelbar in das Vermögen, das sich im Gewahrsame der Eltern befindet, vollstreckt werden. Anderen Falles hätte die Bestimmung überhaupt keinen Sinn.

§ 748. Hat der Gläubiger seinen Anspruch auf Herausgabe der ihm vermachten Sachen gegen die Erben gerichtet, so kann er daneben seinen Anspruch gegen den Vollstrecker nur auf Duldung (§ 2213 BGB.) richten. OLG. **3** 12 (KG.).

§ 749. Vollstreckbare Ausfertigung des für und gegen den Erblasser ergangenen Urtheils kann für und gegen den Nachlaßpfleger ertheilt werden. OLG. **2** 127 (Kiel). (s. Ziff. 4 zu § 2213 BGB.)

§ 750. I. 1. Diese Vorschrift gilt nur für die Zwangsvollstreckung, nicht für die sonstige Verwerthung des Urtheils, z. B. nicht für die Geltendmachung eines die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung aussprechenden Urtheils. Langheineken, Urtheilsanspruch 104 Anm. 1.

2. Eine Vollstreckung, bis zu deren Beginn der Schuldtitel und die anderen in den §§ 750, 751, 756, 765 genannten Urkunden nicht zugestellt sind, ist nicht vollkommen nichtig. Denn das Gebot vorgängiger oder gleichzeitiger Titelzustellung ist eine dispositive Prozeßvorschrift, wie daraus hervorgeht, daß der Schuldner nach § 295 auf die Beobachtung verzichten kann. Die Vollstreckung ohne Titelzustellung ist also nur mangelhaft. Durch Nachholung der Titelzustellung wird, wie durch Schuldnerverzicht, der Mangel geheilt, und dann gelangt auch das Pfändungspfandrecht zur unanfechtbaren Entstehung, so daß andere Gläubiger, die nach der Nachholung des Mangels gepfändet haben, diesen nicht mehr rügen können. Guttmann, Buschs Z. **29** 394 ff. Ebenso:

Seuff. A. **55** 475 (München): Der Mangel der Zustellung kann durch nachträgliche Zustellung geheilt werden. Dagegen:

Die Prüfung rechtzeitig erfolgter Zustellung des Vollstreckungstitels ist Prüfung einer absoluten Prozeßvoraussetzung. Daher kann die Zustellung nicht nachträglich erfolgen, auch ist Verzicht wirkungslos. Bülow (Ref.), Buschs Z. **30** 91 Anm. 38.

3. Bei den von Amtswegen zu bewirkenden Zustellungen wird die Bewirkung derselben durch die Bescheinigung des Gerichtsvollziehers ausreichend nachgewiesen. KGBl. **00** 94 (KG.).

4. Zuwiderhandlung gegen § 750 kann vom Schuldner nur auf dem Wege des § 766 beim Vollstreckungsgerichte, nicht durch Klage geltend gemacht werden. OLG. Colmar, R. **02** 352.

§ 753. 1. Die Frage, ob der Rechtsanwalt des Gläubigers dem von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher für die Zwangsvollstreckungskosten haftet, wird von Ullmann, PosMschr. **02** 153 ff. im Gegensatze zum Beschlusse des Königl. Oberlandesgerichts Posen vom 9. 6. 02 verneint. Ebenso Kirschner, ebendaselbst 173 ff. (Näheres hierüber s. Ziff. 4 zu § 670 BGB.)

2. Das Rechtsverhältniß zwischen der eine Zustellung oder eine Zwangsvollstreckung betreibenden Partei und dem von ihr beauftragten Gerichtsvollzieher ist nach den Vorschriften des eine Geschäftsbesorgung betreffenden Dienstvertrags zu beurtheilen. **RG.** JW. **01** 783. (Vgl. Ziff. 2 zu § 675 BGB.)

§ 756. (§ 765). 1. Besteht die Leistung des Gläubigers lediglich in einer formlosen Willenserklärung, die er nach dem Inhalte des Urtheils bereits im Prozeß abgegeben hat, oder wird durch formlose Verbalofferte eine Inverzugsetzung herbeigeführt oder ist der Annahmeverzug nach dem Inhalte des Urtheils bereits durch den Prozeß nachgewiesen, so muß das Vollstreckungsgericht oder der Gerichtsvollzieher wenn nicht die Befriedigung, so doch den Annahmeverzug des Schuldners in im Gesetze verlangter Form für bewiesen erachten, sobald der Nachweis der Zustellung des vollstreckbaren Urtheils vorliegt. Einer besonderen öffentlichen Urkunde daneben bedarf es nicht.

Man muß das Gesetz weiter dahin ergänzend interpretiren: Die Zwangsvollstreckung darf in den Fällen der §§ 756 und 765 auch dann beginnen, wenn in gehöriger Form der Nachweis erbracht wird, daß ohne Verschulden des Klägers zwischen Rechtskraft des Urtheils und Zwangsvollstreckung die Unmöglichkeit der eigenen Leistung eingetreten ist. Neumann (Weimar), JW. **01** 740 ff.

2. Die besondere Beweisurkunde über den Annahmeverzug ist nur entbehrlich, wenn der Inhalt des Urtheils den Annahmeverzug ergiebt. Der Inhalt der Prozeßakten ist nicht zur Prüfung dieser Frage heranzuziehen. Eine Klage auf Feststellung des Annahmeverzugs in Verbindung mit der Leistungsklage zwecks Beschaffung der gesetzlich erforderten Zwangsvollstreckungsvoraussetzung, wie sie Cohen, JW. **01** 789 vorschlägt, ist unzulässig, weil eine Feststellungsklage zur Feststellung einer Thatsache oder einer Rechtsfrage nicht anzuerkennen ist. Neumann (Weimar), JW. **02** 9.

§ 757. Im Gegensatze zur herrschenden Meinung und in Uebereinstimmung mit Neukamp, Erl. 1 zu § 757 haben das OLG. Jena und das KG. (Seuff. A. **57** 483, 485) ausgesprochen, daß die vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner auch dann zurückzugeben sei, wenn er an den Gläubiger selbst und nicht an den Gerichtsvollzieher gezahlt hat.

§ 758. Durch § 758 ist die Zwangsvollstreckung nicht auf die Wohnung beschränkt, sie darf vielmehr auch an anderen Orten stattfinden, an jedem Orte, wo der Schuldner greifbar angetroffen wird.

Handelt der Gerichtsvollzieher dem § 758 zuwider oder wird er durch das Gericht zu einer dem § 758 widersprechenden Untersuchung angewiesen, so hat nur der verletzte Dritte, nicht der Schuldner, ein Recht zur Beschwerde. OLG. **2** 220 (KG.).

§ 763. Nach Neukamp, Erl. 1 ist die formrichtige Aufnahme des Protokolls Erforderniß der Gültigkeit der Zwangsvollstreckung. (Anders die herrschende Meinung.)

§ 765. S. zu § 756.

§ 766. 1. Die Entscheidung, welche die Aufhebung der rechtswidrigen Maßregel herbeiführt, ist konstitutiver Natur. Hellwig, Anspruch 507 ff. Auch Dritte können ihren Widerspruch gegen Vollstreckungsmaßregeln gemäß § 766 durchführen (511). Der Inhalt der Entscheidung ist direkte Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel, wenn das Vollstreckungsgericht sie erlassen hatte, sonst aber Anordnung ihrer Aufhebung, welche vom Gerichtsvollzieher auszuführen ist. Dies auch dann, wenn die Entscheidung durch Klage veranlaßt und durch Urtheil abgegeben wird. Diese Entscheidung ist konstitutiv (512). Es wird nur über das aus dem zweiten Rechtsverhältnisse resultirende Widerspruchsrecht entschieden (513).

II. 1. a) Eine Einwendung aus § 766, gerichtet gegen eine dem § 886 zuwiderlaufende Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, ist dem rechtlichen Inhalte nach von der gemäß § 766 gegen den auf Grund der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts dem § 886 zuwiderhandelnden Gerichtsvollzieher gerichteten Beschwerde verschieden. Der Grundsatz ne bis in idem hindert nicht den Gebrauch beider Rechtsbehelfe.

b) Hat sich ein Gericht als Vollstreckungsgericht im Sinne des § 930 gerirt, so sind seine Entscheidungen in Gemäßheit des § 766 angreifbar, auch wenn es nicht Vollstreckungsgericht im Sinne des § 930 war. RG. JW. **01** 9.

2. Eine Einwendung gegen eine Vollstreckung aus § 766 kann nicht auf ein materielles Recht an der gepfändeten Sache als Forderung gestützt werden. OLG. **5** 125 (KG.).

3. a) Die Einwendung aus § 766 können nicht nur der Gläubiger und der Schuldner, sondern auch Dritte geltend machen, deren Rechte durch eine unrichtige Art und Weise der Zwangsvollstreckung betroffen werden und deren Interesse durch die den gesetzlichen oder reglementarischen Bestimmungen widersprechende Art des Vollstreckungsakts verletzt wird. OLG. **4** 154 (Karlsruhe).

b) Was insbesondere den als Vollstreckungsorgan thätigen Gerichtsvollzieher anlangt, so steht ihm, der als öffentlicher Diener im Allgemeinen dem Vollstreckungsgericht untergeordnet ist und sich den von diesem gemäß § 766 erlassenen und zunächst nur von den bei dem Zwangsvollstreckungsverfahren betheiligten Personen anfechtbaren Entscheidungen fügen muß, regelmäßig ein Beschwerderecht nicht zu, weil er weder am Verfahren betheiligt ist, noch — von Ausnahmefällen abgesehen — durch die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts persönlich berührt wird. Wenn aber durch die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts das Interesse des Gerichtsvollziehers, insbesondere sein Vermögensinteresse direkt verletzt wird, so ist ihm ebensowenig wie anderen durch die Entscheidung des Vollstreckungsgericht verletzten Personen das Beschwerderecht zu versagen. OLG. **1** 197 (Königsberg).

c) Zustimmend OLG. **4** 364 (KG.): Auch der Umstand, daß nach § 22 Abs. 2 und § 3 der Preuß. GerVollzO. die Gebühren der Gerichtsvollzieher zur Staatskasse fließen und der Anspruch auf Vergütung der baren Auslagen der Staatskasse gebührt, steht nicht entgegen; diese Bestimmungen regeln nur die Frage der Dienstbezüge des Gerichtsvollziehers gegenüber der Staatskasse; ändern aber nichts an der gesetzlichen Vorschrift, wonach der Partei gegenüber der Gerichtsvollzieher der zum Bezuge der Gebühren und Auslagen Berechtigte ist.

d) Zieht der Konkursverwalter nicht zur Masse gehörige Sachen zur Masse, so steht dem Gemeinschuldner der Rechtsbehelf des § 766 unterschiedslos zu Gebote. OLG. **4** 165 (Breslau). Anders **RG. 37** 398.

Gegen die einen Bestandtheil oder ein Zubehör eines Grundstücks betreffende Mobiliarzwangsvollstreckung kann der dadurch verletzte Hypothekengläubiger den Weg der Einwendung nach § 766 und sodann der sofortigen Beschwerde beschreiten. OLG. Jena, R. **02** 48.

5. Gegen eine Ehefrau, die nach dem gesetzlichen Güterrechte des BGB. lebt, war die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, das im Grundbuch auf ihren Namen eingetragen stand, eingeleitet worden; eine hiergegen gerichtete Einwendung des Mannes wurde zurückgewiesen, weil dem Ehemanne das Recht, eine Einwendung nach § 766 zu erheben, überhaupt nicht gewährt sei, ihm vielmehr nur der Weg der Klagerhebung nach § 771 offen stehe. OLG. **1** 329 (Kiel).

6. Ist die Einwendung rechtskräftig zurückgewiesen, so kann sie nicht noch einmal über denselben Streitpunkt angebracht werden. OLG. **1** 168 (KG.).

§ 767. I. 1. Nach Hellwig, Anspruch 20 findet Abs. 2 auf den Aufrechnungseinwand, der zur Zeit des Prozesses möglich war, Anwendung.

Die Aufhebung der Vollstreckbarkeit kann begehrt werden, mag die Vollstreckung schon begonnen haben oder nicht (166 Note 12, 176 Note 47).

Gegenstand der Klage aus § 767 ist nicht lediglich die Frage der Vollstreckbarkeit. Es wird vielmehr über den befriedigungsbedürftigen Antrag entschieden. Denn die definitive Aufhebung eines Befriedigungsgebots ist Verneinung der Leistungspflicht (166 Note 12 [vgl. Hellwig zu § 731], 500).

Es handelt sich bei § 767 nicht um die Bekämpfung einer Vollstreckungsmaßregel, sondern es handelt sich um den Widerspruch gegen die Rechtmäßigkeit des Erlasses oder der fortdauernden Geltung der Entscheidungen, welche die Zwangsvollstreckung vorbereiten (491). Das Ziel der Vollstreckungsgegenklage ist die Verhinderung der Zwangsvollstreckung (442): ihre Zulässigkeit soll auf-

gehoben werden. Objekt der Aufhebung ist der Vollstreckungsanspruch, nicht eine Vollstreckungsmaßregel; die Aufhebung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung ist bereits vor der Rechtskraft möglich, wirkt aber selbst definitiv erst mit Unanfechtbarkeit der Aufhebungsentscheidung.

Während § 768 stets zu der Vernichtung der Vollstreckungsklausel mit **rückwirkender** Kraft führt, ist die Klage aus § 767 möglich, wenn die Klausel ganz rechtmäßig ertheilt ist und nur die **jetzige** Rechtmäßigkeit des für den Kläger bestehenden Vollstreckungsrechts bestritten wird. **Voraussetzung** ist, daß der Kläger entweder ein Recht auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder das durch die Ertheilung erlangte Recht auf Vornahme der Vollstreckung hat (Vollstreckungsanspruch) (496). Fehlt diese Vollstreckbarkeit, so kann kein Anspruch auf ihre Aufhebung bestehen.

Wie der Beginn der Vollstreckung nicht erforderlich ist, so wird die Vollstreckungsgegenklage durch die Beendigung der Vollstreckung ausgeschlossen. Die Beendigung der Vollstreckung **im Laufe** des Prozesses berechtigt zur Änderung des Antrags gemäß § 268 Nr. 3 (497).

Abs. 2 macht eine Anwendung von dem Grundsatze, daß die Feststellung des Urtheils sich nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft, sondern auf den Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bezieht, in welcher ein **thatsächliches** mündliches Vorbringen statthaft war (497).

Ist das Urtheil noch nicht rechtskräftig, so kann der Schuldner seine Einwendungen entweder durch Berufung **oder** durch Widerspruchsklage geltend machen (497). Dagegen muß der Schuldner die Rechtskraft des **Einspruchs** abwarten; aber er kann sie durch Verzicht herbeiführen (498).

Grund des Widerspruchsrechts ist der Umstand, daß die Forderung **erloschen** ist, daß sie von dem Kläger oder gegen den Beklagten nicht **geltend gemacht** werden kann, oder daß nachträglich eine **dilatorische Einrede entstanden** ist (498). Verschiedene Einwendungen liegen nur dann vor, wenn mehrere dieser drei Gründe zusammentreffen (499). Die Nachbringung einer neuen Einwendung ist Klagänderung und jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn sie bereits in der Klagschrift hätte angegeben werden können. Die zur Zeit der Klage nicht vorbringbaren Einwendungen darf der Beklagte im Laufe des Prozesses nachholen. Späterhin kann er nur diejenigen Einwendungen gebrauchen, deren Grund nach dem Schlusse jener letzten Verhandlung entstanden ist (500).

2. Die Einwendungsklage ist negative Feststellungsklage, ihr Gegenstand ein vom Beklagten in Anspruch genommenes Vollstreckungsrecht. Da also nicht die konkrete Einwendung den Klagegegenstand bildet, so involviert das Vorbringen anderer Einwendungen keine Klagänderung. Da auch die Beseitigung von etwa schon verhängten Vollstreckungsmaßregeln nicht den Klagegegenstand, sondern den Klagezweck abgiebt, so ist die Zulässigkeit der Klage nicht an den Beginn der Zwangsvollstreckung gebunden, sondern bereits mit dem Vorhandensein eines objektiven Vertheidigungsbedürfnisses gegen **drohende** Zwangsvollstreckung gegeben. **Langheineken**, Urtheilsanspruch 179 ff.

3. **Mannhardt**, HansGerZ. **00** Beibl. 33 will eine Klage auf Abänderung des Verzugszinsfußes im rechtskräftigen Urtheile gemäß § 246 BGB. nicht zulassen, weil das Verzugsinteresse seiner Höhe nach unbestritten rechtskräftig festgestellt sei. Gegen **Habicht**.

II. Abs. 1. 1. Die sämmtlichen Zwangsvollstreckungshandlungen stellen ein einheitliches Verfahren dar, dessen Beendigung erst mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung eintritt. Solange die Befriedigung des Gläubigers noch nicht eingetreten ist, muß das Vollstreckungsverfahren noch als anhängig gelten, und mindestens solange greift deshalb, ebenso

wie in den Fällen der § 771, auch in denen des § 767 der vorgeschriebene ausschließliche Gerichtsstand Platz. Es ist daher die Klage auf Bewilligung der Löschung einer Sicherungshypothek, die auf Grund eines Urtheils eingetragen worden ist, nicht im Gerichtsstande des § 24, sondern des § 767 anzustellen. Seuff. A. **57** 341 (Dresden).

2. Die Möglichkeit der Berufung gegen das beschwerliche Urtheil steht der Widerspruchsklage nicht entgegen. Aber auch die thatsächliche Einlegung der Berufung hat die Unzulässigkeit der daneben erhobenen Widerspruchsklage nicht zur Folge. OLG. 5 127 (Dresden).

Nach Gaupp-Stein gelten die Grundsätze der Rechtshängigkeit in einem solchen Falle, vgl. auch Neukamp zu § 767.

3. Eine Gegenentscheidung jüngeren Datums, die das Recht verneint, das eine ältere unter denselben Parteien ergangene Vorentscheidung zugesprochen hatte, kann zur Grundlage einer Einwendung nach § 767 gemacht werden. Denn das Verhältniß der beiden entgegengesetzten Entscheidungen zu einander stellt sich nicht anders als das Verhältniß zweier Gesetze entgegengesetzten Inhalts, von denen selbstverständlich das neuere dem älteren vorgeht. Mit der Berufung auf eine jüngere rechtsverneinende Entscheidung ist eine Einwendung gegeben, die den durch das ältere Urtheil festgestellten Anspruch selbst betrifft und das Vollstreckungsrecht aus diesem Urtheil ebenso beeinflußt, wie die Zahlung der Judikatssumme, Erlaß der Forderung, Verzicht auf den Anspruch, Tilgung durch Annahme an Zahlungsstatt. **RG.** JW. **02** 589.

4. Die Klage aus § 767 ist gegeben, wenn der zur Herstellung von Einrichtungen behufs Abstellung von Lärm (BGB. § 906) verurtheilte Schuldner alle nur möglichen Einrichtungen getroffen hat. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 1097.

5. Die Behauptung, daß die durch eine streitige Verfügung auferlegte Verpflichtung bereits vollständig erfüllt sei, kann nur durch Klage nach § 767, nicht im Wege der Beschwerde durchgefochten werden. **RG.** JW. **02** 23.

6. Der Einwand, daß der Gläubiger sich dolos z. B. wider ausdrückliche Verabredung, des vollstreckbaren Titels zur Zwangsvollstreckung bediene, kann auch mit der actio doli geltend gemacht werden, ist also nicht an die Voraussetzungen des § 767 gebunden. **RG.** JW. **01** 122.

III. Abs. 2. 1. Die Parteien können die Wirkung eines Urtheils durch Vertrag beseitigen; sie können aber ebenso vor dessen Erlaß vereinbaren, wie das Urtheil zwischen ihnen wirken soll, und der Geltendmachung eines solchen Vertrags stehen die §§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 nicht entgegen. **RG.** DJZ. **00** 301.

2. Das im § 767 Abs. 2 für die Zulässigkeit der Widerspruchsklage des Schuldners aufgestellte Erforderniß, daß der Grund der Einwendung erst nach Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, in der die Einwendung noch hätte geltend gemacht werden können, entstanden sein muß, trifft zweifellos bei den erst nach Erlaß des Urtheils fällig werdenden Raten einer Gegenforderung zu. **RG.** JW. **02** 315.

3. Ueber die Anwendbarkeit des § 767 in dem Falle, wenn nach Erlaß des Urtheils eine Aufrechnung von einem der beiden Theile erklärt wird, äußert sich das **RG.** JW. **02** 531 folgendermaßen:

a) Die Aufrechnungserklärung wird vom Gläubiger abgegeben: Zweck und Bedeutung der im § 767 Abs. 2 enthaltenen Gesetzesvorschrift bestehen darin, der Verschleppung entgegenzuwirken, welche in einer mit den praktischen Zielen des Prozesses völlig unvereinbaren Weise dann eintreten müßte, wenn es dem Schuldner gestattet sein sollte, Rechtsbehelfe, von denen er zur Abwendung seiner Verurtheilung hätte Gebrauch machen können, willkürlich im Verlaufe des Vollstreckungsverfahrens nachzuschleppen. Dieser Ausschließungsgrund trifft dann nicht

zu, wenn unabhängig von dem Willen des verurtheilten Schuldners, der Kläger selbst die eingeklagte Forderung zum Erlöschen bringt, indem er sie durch Aufrechnung zur Tilgung einer, wenn auch früher schon entstandenen Gegenforderung des Schuldners verwendet. Die alsdann entstehende Rechtslage enthält nicht nur zivilrechtlich einen den Anforderungen des § 767 entsprechenden Thatbestand, sondern sie rechtfertigt auch prozessualisch die Zulassung der Widerspruchsklage im ganz besonderem Maße, da ohne jedes Verschulden des Beklagten dieser nunmehr der Möglichkeit ausgesetzt ist, daß eine nicht mehr bestehende Forderung durch Zwangsvollstreckung von ihm beigetrieben werden könnte.

b) Die Aufrechnungserklärung wird vom Schuldner abgegeben: Giebt der Schuldner nach dem Eintritte des Zeitpunkts, bis zu dem er seiner Verurtheilung durch Einwendungen vorbeugen konnte, eine Aufrechnungserklärung ab, während die Möglichkeit der Aufrechnung und der Erhebung des Aufrechnungseinwandes schon zu früherer Zeit bestand, so vertritt zwar in der Rechtslehre die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller die Meinung, daß auch unter solchen Voraussetzungen der Schuldner zur Erhebung der Widerspruchsklage des § 767 zugelassen werden müßte. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß auch in diesem Falle das nachträgliche Erlöschen der Klageforderung nicht zu früherer Zeit als mit der Aufrechnungserklärung des Schuldners eintritt und daß eine trotzdem auf Grund des Urtheils durchgeführte spätere Zwangsvollstreckung den Schuldner in die Lage bringt, eine rechtlich nicht mehr bestehende Forderung bezahlen zu müssen. Dessen ungeachtet bietet ihm § 767 keine Handhabe, einer solchen Zwangsvollstreckung zu widersprechen. Der Widerspruch und damit auch die Möglichkeit einer Einstellung der Vollstreckung scheitert daran, daß schon mit dem Erwerbe der aufrechnungsfähigen Gegenforderung derjenige Thatbestand zur vollendeten Entstehung gelangt war, der im Sinne des § 767 den Grund der Aufrechnungseinrede darstellt, da es schon von diesem Zeitpunkt ab von der freien Beschließung des beklagten Schuldners abhing, ob er von dem Einwande Gebrauch machen wollte oder nicht. Im Unterschiede von der durch den klagenden Gläubiger selbst erklärten Aufrechnung, die erst im Augenblick ihrer Vollziehung dem Schuldner die Möglichkeit darbietet, die dadurch geschehene Tilgung geltend zu machen, liegt mit dem Eintritte der Kompensabilität die Geltendmachung der eigenen Aufrechnung in den freien Befugnissen des Schuldners und zwar sowohl in prozeßrechtlicher wie auch in zivilrechtlicher Beziehung. Dem Rechtsgrunde des Einwandes kann nicht darum allein seine schon vorhandene Existenz abgesprochen werden, weil die prozessuale Erhebung der Einrede zugleich die zivilrechtlich wirksame Aufrechnungserklärung in sich schließt, darum aber auch die Wirkung der Schuldtilgung der Erhebung der Einrede nicht vorher geht, sondern mit ihr zusammenfällt. Ebenso Gaupp-Stein 3b zu § 767.

IV. Abs. 3. Die Vorschrift des § 767 Abs. 3 muß von Amtswegen beachtet werden; demnach muß die Klageschrift selbst alle Einwendungen enthalten, die der Schuldner zur Zeit der Klagerhebung geltend machen kann; nachträglich ist die Geltendmachung solcher Einwendungen in demselben Prozesse selbst mit Einwilligung des Gegners unzulässig. OLG. Köln, R. 02 438.

Dagegen OLG. 5 451 (Königsberg): Klage bedeutet in § 767 Abs. 3 nicht Klageschrift, sondern — ebenso wie im Abs. 1 — das für die Klage vorgeschriebene Verfahren. Einwendungen, die in der Klageschrift nicht enthalten sind, sind unter denselben Voraussetzungen zuzulassen, unter denen Klagegründe, auf die die Klageschrift nicht gestützt ist, berücksichtigt werden können. Die Vorschriften über Klageänderung müssen auch auf das Verfahren nach § 767 Anwendung finden.

§ 768. I. 1. Die Vollstreckungsgegenklage macht im § 768 geltend, daß ein Anspruch des Gläubigers auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel mit Unrecht angenommen ist. Die Nachprüfung des Prozeßrichters bezieht sich auf die materiellen Voraussetzungen, von denen die Klauselertheilung abhängig ist. Diese Frage ist identisch mit der Frage nach dem Bestehen und der jetzigen Wirksamkeit derjenigen Forderung, mit Rücksicht auf welche die Klausel und damit das Recht zur Vollstreckung ertheilt ist. Die Zurückweisung der Klage bedeutet die Feststellung, daß der Schuldner kein Mittel hat, um das dem Gläubiger durch die Klauselertheilung verliehene Recht auf Beitreibung der Leistung zur Aufhebung zu bringen (495). Diese Entscheidung wirkt materiell wie das Urtheil aus CPO. § 731 (s. Hellwig Ziff. I 1 zu § 731); Hellwig, Anspruch 493 ff.

2. Diese Klageform hat denselben Charakter wie die Klage aus § 767. Langheineken, Urtheilsanspruch 186.

II. 1. Die Klage aus § 768 hat der Schuldner nur, wenn er nicht bloß die formale, sondern auch die materielle Berechtigung der Vollstreckungsklausel bestreitet. Alle anderen Einwendungen sind beim Vollstreckungsgerichte geltend zu machen und eventuell mit Beschwerde weiter zu verfolgen. RG. 50 365.

2. Die Klage kann im Falle des § 726 Abs. 1 nur darauf gestützt werden, daß eine Thatsache, von deren Eintritt die Vollstreckung aus dem Schuldtitel abhängt, nicht eingetreten sei. Alle anderen Gründe, die nach der Meinung des Klägers die Vollstreckungsklausel als unzulässig erscheinen lassen, sind im Wege des durch § 732 mit § 797 Abs. 3 gewährten Rechtsbehelfs geltend zu machen. OLG. 3 150 (KG.).

3. a) Auf Klagen, mittels deren die Ertheilung einer Vollstreckungsklausel angefochten wird, findet § 768 in seiner jetzigen Fassung selbst dann Anwendung, wenn die Klauseln vor dem 1. Januar 1900 ertheilt sind.

b) § 768 greift auch im Falle des § 726 Abs. 2 dann Platz, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, die von einer Gegenleistung des Gläubigers abhängt.

c) Sind die zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel nöthigen Erfordernisse zur Zeit ihrer Ertheilung nicht vorhanden gewesen, aber nachträglich, insbesondere zur Zeit der Erhebung der Klage aus § 768, seitens des Gläubigers nachgebracht, so ist die auf § 768 gestützte Klage abzuweisen. OLG. Köln, R. 02 438.

4. Ueber das Verhältniß von § 768 zu einer vorgängigen Entscheidung aus § 732 heißt es in RG. 50 372: Durch den § 732 wird nur ein vorläufiges summarisches, durch § 768 aber das ordentliche endgültige Verfahren im Streite über Rechts- und Besitznachfolge und Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel eröffnet. Daraus ergiebt sich von selbst, daß durch das erstere und die darin zu Ungunsten des Nachfolgers getroffene Entscheidung der Erhebung der Klage nach § 768 sowie einer über diese zu treffenden abweichenden Entscheidung nicht vorgegriffen werden sollte, und daß auf einen dem Schuldner ungünstigen, im Vorverfahren ergangenen Beschluß von dem nach § 768 verklagten Gläubiger nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gestützt werden kann.

§ 769. 1. § 769 verleiht dem Gerichte nur die Befugniß, entweder mit oder ohne Sicherheitsleistung die Zwangsvollstreckung einzustellen, nicht aber, die Art der Sicherheitsleistung zu bestimmen. Die Art der Sicherheitsleistung ist nur nach § 108 festzusetzen. RG. JW. 01 539.

2. (§ 771 Abs. 3.) Bei der Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung ist bei Bestimmung ihrer Höhe das freie Ermessen dadurch begrenzt, daß sie der Höhe der beizutreibenden Forderung entsprechen muß, wenn anzunehmen ist, daß dieselbe durch den Gegenstand der aufzuhebenden Pfändung gedeckt werden würde. OLG. Colmar, R. 02 438.

3. Das Prozeßgericht kann, wenn der, der zu einer Handlung verurtheilt worden ist, demnächst Einwendungen gegen das Urtheil in einem neuen Prozesse geltend macht, die Zwangsvollstreckung aus dem früheren Urtheil aussetzen, sofern die Erfüllung der Handlung glaubhaft gemacht wird. **RG.** Gruchots Beitr. 45 1160.

4. Der § 769 ist lediglich auf den Fall der Erhebung von Einwendungen nach §§ 767, 768, nicht aber auf den Fall des Widerspruchs gegen einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung anwendbar. Selbst eine analoge Anwendung ist ausgeschlossen, da einstweilige Verfügungen und einstweilige Anordnungen zwei gleichwerthige Rechtsbehelfe sind, von denen jedes in den ihm zugewiesenen Fällen interimistisch bis zur Endentscheidung das Verhältniß der Parteien regelt, so daß es ihrem inneren Wesen widersprechen würde, wenn die in einem Wege getroffene provisorische Regelung im Wege des anderen Rechtsbehelfs wieder suspendirt werden könnte. OLG. 2 128 (KG.).

5. Die Einstellung nach § 769 ist auch zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht schwebt. OLG. 2 350 (Marienwerder).

6. Sie ist auch möglich bei Pfändung von Forderungen. Die Wirkung der Einstellung äußert sich in diesem Falle darin, daß das Vollstreckungsgericht dem Antrag auf Ueberweisung der gepfändeten Forderung nicht entsprechen darf. OLG. 4 149 (Königsberg).

7. (§ 772.) Die Glaubhaftmachung kann im Falle des § 769 nicht, wie beim Arrest, durch Sicherheitsleistung ersetzt werden. OLG. 4 149 (KG.).

8. Ueber das Verhältniß der Anwendung nach § 769 zu der einstweiligen Verfügung vgl.:

a) BayrObLG. N. 02 22: Für die einstweilige Hemmung der Zwangsvollstreckung wegen Einwendungen, die den Anspruch aus dem vollstreckbaren Schuldtitel selbst betreffen, steht nicht die einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 935, 940 und die einstweilige Anordnung nach § 769 zur Wahl, es ist vielmehr nur die letztere zulässig.

Stellt sich eine Anordnung sachlich als einstweilige Anordnung im Sinne des § 769 dar, so ist sie mit sofortiger Beschwerde nach § 793, nicht mit Widerspruch nach § 924 anfechtbar, auch wenn das Gericht, dessen Entscheidung angefochten werden soll, in Folge irriger Rechtsanschauung seiner Anordnung die Eigenschaft einer einstweiligen Verfügung beigelegt hat.

b) **RG.** JW. 01 514: Die Anordnungen des § 769 stehen nach der Technik der CPO. in einem Gegensatze zu den im fünften Abschnitte desselben Buches geregelten „einstweiligen Verfügungen". Der Unterschied tritt vor allem in der Behandlung der Rechtsmittel zu Tage: Die Anordnungen des § 769 unterliegen nach § 793 der sofortigen Beschwerde, gegen die einstweiligen Verfügungen ist dagegen nur der Widerspruch statthaft, über den durch Endurtheil zu entscheiden ist.

Für die Entscheidung darüber, ob ein Beschluß eine „Anordnung" oder eine „einstweilige Verfügung" ist, ist der erkennbare Wille des Gerichts maßgeblich, das den Beschluß erlassen hat. Es kommt nicht darauf an, welcher Beschluß nachgesucht worden war, wenn ein anderer erlassen worden ist; es kann auch nichts darauf ankommen, welche Art von Beschluß bei richtiger Behandlung der Sache hätte erlassen werden müssen. Auch die inkorrekte Entscheidung kann nur auf dem Wege angefochten und beseitigt werden, der gegen die Entscheidung, die das Gericht hat geben wollen, eröffnet ist.

c) **RG.** JW. 02 170: Hat der Antragsteller statt einer ausreichenden Anordnung nach § 769 in einem besonderen Verfahren eine einstweilige Verfügung erwirkt, so fallen ihm die Kosten zur Last.

9. Ueber die Kosten der Anordnung vgl. u. Ziff. 9 zu § 771.

§ 771. 1. Die die Entscheidung aufhebende Widerspruchsklage wirkt konstitutiv. Hellwig, Anspruch 512 ff. Die Klage setzt nur ein Widerspruchsrecht voraus und nur über dieses wird entschieden. Zulässig ist auch eine Klage gegen den Gläubiger aus dem das Widerspruchsrecht begründenden Rechte.

Zu Abs. 2. Die Klage gegen den Schuldner kann nur eine Klage aus dem privatrechtlichen Verhältnisse sein. Gegenüber der Widerspruchsklage ist er nicht legitimirt (513).

2. a) Auch bei der Zwangsvollstreckung in Rechte ist die Widerspruchsklage aus § 771 zulässig, wenn der Dritte seinerseits Träger der Rechte zu sein behauptet. Voraussetzung ist Identität des Anspruchs des Dritten mit dem des Exequenden, sei es, daß Zession vorliegt, oder sei es, daß aus der Identität des Entstehungsgrundes oder aus anderen Momenten auf die Identität der Forderung geschlossen wird. **RG. 49** 347; JW. **01** 403.

b) Ebenso OLG. **4** 149 (Königsberg) bei Pfändung der Forderung im Arrestweg und OLG. Dresden, R. **02** 153: Die Abtretung einer Forderung begründet ein die Veräußerung hinderndes Recht und berechtigt den Zessionar zur Widerspruchsklage gegenüber einer vom Gläubiger des Zedenten ausgebrachten Pfändung der Forderung.

3. Wenn auch einzelne obligatorische Rechte, die zum Besitz einer Sache die Befugniß geben, wie z. B. die des Verwahrers, oder Rechte auf Rückgabe der Sache, wie die des Deponenten, Kommodanten, den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung in die Sache begründen können, so sind sich doch Rechtslehre und Rechtsprechung einig, daß rein obligatorische Rechte auf Herausgabe einer Sache, insbesondere bloße Rechte aus einem Kaufvertrage, hierzu nicht geeignet sind. **RG.** JW. **02** 170.

4. Eine nach der Konkursordnung als anfechtbar zu erachtende Pfändung greift in ein gegen Dritte wirkendes Recht (der Gläubiger) am Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein, der Widerspruch gegen dieselbe ist daher in Gemäßheit des § 770 Abs. 1 geltend zu machen.

5. Bei Forderungspfändungen liegt die Zwangsvollstreckung in der Erlassung des Pfändungsbeschlusses. **RG.** JW. **01** 330.

6. a) Ein die Veräußerung hinderndes Recht am Gegenstande der Zwangsvollstreckung hat der gegenüber dem Bucheigenthümer zum Besitze Berechtigte.

b) Der § 771 entspricht für die Zwangsvollstreckung der im § 43 KO. betreffs der Aussonderung für das Konkursverfahren gegebenen Bestimmung; die Widerspruchsklage des § 771 ist unter denselben Voraussetzungen begründet, wie ein Aussonderungsanspruch im Sinne des § 43 KO.; ein die Veräußerung hinderndes Recht liegt vor, wenn der Widerspruchskläger im Falle des Konkurses des Schuldners auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes einen Anspruch auf Aussonderung des Gegenstandes als eines nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen hätte. Auch der Besitz gewährt unter gewissen Voraussetzungen ein Recht auf Innehaltung der betreffenden Sache (§§ 858 ff., 986 BGB.) und läßt sich insofern als Recht am Gegenstande der Zwangsvollstreckung oder als (dingliches) Recht im Sinne des § 43 KO. bezeichnen. OLG. **4** 380 (Stuttgart).

7. Gegen eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau kann der Ehemann nur auf dem Wege der Klage nach § 771, nicht auf dem der Einwendung nach § 766 vorgehen. OLG. **1** 329 (Kiel).

8. Ueber die Verpflichtung des Intervenienten zur Glaubhaftmachung seines Rechtes vgl. KGBl. **00** 21 (KG.). Anders LG. Dresden, R. **01** 76.

9. Ueber die Kosten des Interventionsprozesses, falls die Freigabe vor der Klagezustellung oder doch vor dem Verhandlungstermin erfolgt ist, vgl. OLG. **1**

39, 2 101 (KG.); s. a. OLG. 3 130 (Rostock): Ist der Gläubiger bei der Vornahme der Pfändung gutgläubig gewesen und ist ihm das Interventionsrecht nicht glaubhaft gemacht worden, so sind die Kosten des Interventionsprozesses, wenn sofortige Freigabe erfolgt, dem Intervenienten aufzuerlegen. Denn bei der Pfändung hat der Gläubiger nur ein ihm gemäß §§ 803, 808 zustehendes Recht verfolgt.

10. Die Kosten der Anordnung, durch die die Zwangsvollstreckung eingestellt wird, gehören zu den Kosten des Rechtsstreits über die Widerspruchsklage. **RG. 50** 356; JW. **02** 23; SächsAnn. **22** 513.

§ 775. 1. (§ 788.) Wenn dem Gerichtsvollzieher ein Postschein über die Einzahlung eines Geldbetrags vorgelegt wird, der zwar zur Deckung der im Vollstreckungstitel bezeichneten Forderung, nicht aber zugleich auch zur Deckung der Zwangsvollstreckungskosten, insbesondere Gebühren und Auslagen des Gerichtsvollziehers, ausreichend ist, so ist er berechtigt, die Zwangsvollstreckung bezüglich des Rechtes zu betreiben. **RG. 49** 398.

2. (§ 776.) Wenn der gepfändete Schuldner die bezügliche Forderung des Gläubigers pfänden läßt, so ist eine Ueberweisung der Forderung zur Einziehung der Natur der Sache nach ausgeschlossen, und die Pfändung kann nur die Wirkung haben, daß der Inhaber der Forderung vom Zeitpunkte der Pfändung ab nicht mehr über die Forderung verfügen darf. Die Freigabe der Pfänder darf nicht Platz greifen — ein Fall des § 775 Nr. 1 liegt nicht vor —, dagegen sind weitere Zwangsvollstreckungsmaßregeln ausgeschlossen, da entsprechende Anwendung von § 775 Nr. 4 geboten ist. Seuff. A. **56** 300 (Dresden).

3. Forderungspfändungen auf Grund eines Arrestbefehls sind im Falle der Aufhebung des letzteren auf Verlangen des Antragsgegners noch besonders aufzuheben. SächsAnn. **23** 382.

§ 778. Abs. 2. Der Erbe und die Nachlaßgläubiger sind zum Widerspruche, und zwar nach Maßgabe des § 766, befugt. Boethke, Gruchots Beitr. **46** 174, 175 (gegen Binder, Rechtsstellung des Erben I 165 ff. und Planck, Kommentar zu § 1958 Note 4 c).

§ 780. 1. (§ 894). Die Anwendung ist nicht auf Verurtheilungen zu Geldleistungen beschränkt. **RG. 49** 417.

2. Wenn die Frage, ob der verurtheilte Erbe beschränkt haftet, sich nach den zur Zeit der Verurtheilung des Erben noch nicht übersehbaren Verhältnissen zur Zeit der Zwangsvollstreckung richtet, so kann im Urtheile die Beschränkung nicht bestimmt zugesprochen werden, sondern nur das Recht, sie künftig geltend zu machen. Seuff. A. **57** 85 (Celle).

Ebenso OLG. Celle, R. **02** 297: Dem Beklagten ist das Recht, eine auf den Nachlaß beschränkte Haftung geltend zu machen, in dem Urtheile, durch das er als Erbe des Schuldners verurtheilt wird, auch dann vorzubehalten, wenn zur Zeit des Urtheils noch nicht feststeht, ob seine Haftung eine unbeschränkte oder auf den Nachlaß beschränkte ist.

3. In der Berufung des Beklagten auf den gänzlichen Mangel einer konkursfähigen Nachlaßmasse, kraft deren er nach § 1990 BGB. die Befriedigung des Klägers aus seinem eigenen Vermögen verweigern könne, findet der Antrag auf den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung seine hinreichende gesetzliche Begründung, so daß der verklagte Erbe durch den Vorbehalt in die Lage gesetzt wird, seine beschränkte Haftung im Falle des Zugriffs des Klägers auf sein eigenes Vermögen in der Vollstreckungsinstanz im Wege der Klage nach §§ 781, 785, 767 geltend zu machen. Seuff. A. **57** 193 (Braunschw.).

4. (§ 894.) Ist der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung unter dem Vorbehalte beschränkter Erbenhaftung verurtheilt, so findet die Vorschrift im

§ 894 keine Anwendung. Es ist die Einleitung einer förmlichen Zwangsvollstreckung nothwendig, in der über die in Betracht kommenden erbrechtlichen Fragen — was zum Nachlasse gehört, ob der Nachlaß zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, wie verneinenden Falles zu entscheiden ist, — Entscheidung getroffen werden kann. **RG. 49** 415.

§§ 785, 786. Hellwig, Anspruch 508: Die Klagen sind keine Feststellungsklagen (arg. § 784). Das Urtheil ist konstitutiv. § 785 unterscheidet sich von § 767 insofern, als bei § 767 der Anspruch untergegangen ist, im § 785 dagegen nur die Haftung beschränkt ist (510).

§ 787. LG. Bautzen, Sächs. A. **10** 649: Der nach § 787 bestellte Vertreter vertritt, solange es an einem eingetragenen Eigenthümer fehlt, dessen Stelle, und zwar dergestalt, daß vor seiner Bestellung die Zwangsversteigerung des Grundstücks überhaupt nicht beschlossen werden kann, da es sonst an einer wesentlichen Voraussetzung dazu fehlen würde (ZwVG. § 17).

Die nach § 787 erforderliche Bestellung eines Vertreters wird nicht dadurch überflüssig, daß bereits ein Vertreter nach § 58 für den Rechtsstreit bestellt ist, denn die Thätigkeit des nach § 58 bestellten Vertreters findet ihren Abschluß mit der Beendigung des Rechtsstreits. Zu dem Rechtsstreite gehört die Zwangsvollstreckung nicht mit.

§ 788. 1. Flechtheim, Buschs Z. **28**, 282 ff.: Die Kosten der Zwangsvollstreckung zerfallen in Gebühren und Auslagen. Unter den Auslagen sind hervorzuheben die Vorbereitungs-, Pfändungs-, Verwaltungs- und Verwerthungskosten. Diese Kategorien gelten auch für Forderungspfändungen. Zu den Verwaltungskosten zählt z. B. die Zahlung von Zubuße auf gepfändete Bergwerkskuxe, zu den Verwerthungskosten gehören die Auslagen, die der Gläubiger, der eine Forderung aus einem unerfüllten gegenseitigen Vertrage gepfändet hat, macht, um den Drittschuldner für seine Gegenforderung zu befriedigen. Für diese Auslagen haftet also in erster Reihe die vom Drittschuldner erlangte Leistung.

Die Liquidation dieser Kosten erfolgt nach den gewöhnlichen Regeln. 262 ff., 297 ff.

2. Der Titel über den Hauptanspruch genügt auch zur Eintragung der Kosten der Zwangsvollstreckung (vgl. **RG.** JW. **92** 57). Der Grundbuchrichter hat zu prüfen, ob und in welcher Höhe die Kosten nothwendig waren, und deren Eintragung gleichzeitig mit derjenigen des Hauptanspruchs zu bewirken, soweit dies der Fall ist. Zu diesen Kosten gehören die gerichtlichen Kosten der Eintragung, die durch die Eintragung nothwendig gewordenen außergerichtlichen Kosten, und, falls eine Vollstreckung in das bewegliche Vermögen vorangegangen ist, auch die Kosten dieses Verfahrens. Brogsitter, R. **00** 318 ff.

3. Sind die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht mit dem Anspruche selbst beigetrieben worden, so können sie nachträglich festgesetzt werden. Die Festsetzung hat durch das Prozeßgericht, nicht durch das Vollstreckungsgericht zu erfolgen. **RG.** R. **01** 210.

4. Die Festsetzung von Vollstreckungskosten gemäß § 105 setzt voraus, daß die Beitreibung zur Zeit wenigstens nicht angängig ist; sie ist ausgeschlossen, solange ein Vollstreckungspfandrecht für sie besteht. OLG. Breslau, R. **02** 511.

5. Aus der Bestimmung, daß die Kosten der Zwangsvollstreckung zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben seien, darf nicht hergeleitet werden, daß der Gerichtsvollzieher von der Zwangsvollstreckung Abstand zu nehmen habe, sobald ein Betrag gezahlt wird, der zwar zur Deckung der beizutreibenden Hauptforderung, nicht aber auch zur Bezahlung der Zwangsvollstreckungskosten ausreicht. Vielmehr darf in solchen Fällen die Zwangsvoll-

streckung in Höhe des noch ungedeckten Betrags der Zwangsvollstreckungskosten unbedenklich stattfinden. **RG. 49** 400.

6. SächsAnn. 23 361 führt aus, daß die Bestimmung im § 788 sich nicht nur auf die Kosten der jeweilig vorliegenden Vollstreckungsmaßregel, sondern auch auf die früheren Vollstreckungsakte bezieht. Der § 788 bildet keine Ausnahme von § 104, der sich nur auf die Prozeßkosten bezieht, er unterliegt also auch nicht als Ausnahmevorschrift einer besonders strengen Auslegung. Die Kosten der Zwangsvollstreckung bilden keinen Theil der Prozeßkosten; für sie giebt der § 788 die selbständige Norm, daß sie, ohne daß es eines besonderen Schuldtitels für sie bedarf, mit dem zur Vollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben sind. Die Folge ist, daß das jeweilig thätig werdende Vollstreckungsorgan die vom Gläubiger berechneten Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie sich als nothwendig darstellen, mit bei der Pfändung zu berücksichtigen hat. Dies gilt nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes nicht nur von den Kosten des jeweiligen Vollstreckungsakts, sondern auch von den Kosten, die dem Gläubiger durch die Zwangsvollstreckung bereits vorher erwachsen sind.

7. Ueber die Verpflichtung zur Tragung der Zwangsvollstreckungskosten bei solidarischer Verurtheilung sagt OLG. 5 119 (Hamburg): Die in einem Urtheil ausgesprochene Verurtheilung in die Kosten des Rechtsstreits erstreckt sich nicht auf die Kosten einer etwa erforderlich werdenden Zwangsvollstreckung. Die Unabhängigkeit der Kostentragungspflicht für das Zwangsvollstreckungsverfahren von der im Urtheile für das Hauptverfahren bestimmten ergiebt sich deutlich aus der Vorschrift des § 788. Hiernach kann in dem Falle, wo mehrere Solidarschuldner gemäß § 100 Abs. 2 solidarisch in die Kosten des Rechtsstreits verurtheilt worden sind, daraus nicht ohne Weiteres auch die Verpflichtung eines der Solidarschuldner hergeleitet werden, die Kosten der Zwangsvollstreckung, insbesondere einer nicht gegen ihn, sondern gegen einen seiner Mitverurtheilten gerichteten Zwangsvollstreckung zu tragen.

8. Auf Grund von § 928 findet die Vorschrift des Abs. 2 auf die Vollziehung des Arrestes entsprechende Anwendung, und der Gläubiger, welcher einen Arrest gegen den Schuldner erwirkt, hat daher nach Aufhebung des Arrestbeschlusses ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last fallendes Verschulden auch diejenigen Kosten zu tragen oder dem Schuldner zu erstatten, die durch die Vollziehung des Arrestes einschließlich der im Falle des § 930 Abs. 3 angeordneten Versteigerung der Arrestgegenstände entstanden sind. **RG.** JW. **00** 736.

§ 791. 1. Ein Kostenfestsetzungsbeschluß ist in Ungarn durch Ersuchen des dortigen Bezirksgerichts zu vollstrecken. KGBl. **01** 36 (KG.).

2. Dagegen muß, wenn der Schuldner aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß in Frankreich wohnhaft ist, der Gläubiger den Schuldner vor das französische Gericht des Ortes laden, wo das Urtheil vollstreckt werden soll. Der § 791 ist in diesem Falle nicht anwendbar. KGBl. **01** 84 (KG.).

§ 792. 1. Der § 792 der CPO. giebt dem Nachlaßgläubiger, d. i. dem Gläubiger eines verstorbenen Schuldners, wenn er die Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen die Erben seines Schuldners gemäß § 727 erwirken will, kein Recht, die Ertheilung eines Erbscheins nach seinem Schuldner zu beantragen. Er kann aber unter Umständen nach Art. 56 des Pr. FrGG. ein einfaches Zeugniß dahin erwirken, daß die (näher zu bezeichnenden) Personen als die nächsten Erben angegeben sind und öffentliche Urkunden und Versicherungen an Eidesstatt zur Glaubhaftmachung ihrer Angaben beigebracht haben. Abgesehen hiervon kann der Gläubiger einen Erbschein nach seinem Schuldner in der Weise erlangen, daß er die Personen, welche nach seiner Auffassung dessen Erben sind, auf Zahlung im ordentlichen Prozeßverfahren in Anspruch nimmt

und, wenn sie ohne Bestreiten ihrer Erbfolge oder im Versäumnißverfahren rechtskräftig verurtheilt sind, nunmehr ihr Recht auf Erwirkung eines Erbscheins nach ihrem Erblasser — seinem ursprünglichen Schuldner — geltend macht. Boschan, Erbschein und Recht der Erbfolge (36).

Der Gläubiger muß mit dem Antrag auf Ertheilung des Erbscheins den Nachweis führen, daß sein Schuldner die Erbschaft angenommen hat, da nach § 779 Abs. 2 vor Annahme der Erbschaft wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht zulässig ist, dies aber auch von der zur Durchführung der Zwangsvollstreckung zugelassenen Maßregel der Erwirkung eines Erbscheins gelten muß. Boschan 128.

2. Zu dem Antrag auf Ertheilung der im § 792 bezeichneten Urkunden bedarf der Gläubiger nicht der Ermächtigung des Vollstreckungsgerichts. **RG. 48** 398.

3. Wird der Antrag abgelehnt, so ist Beschwerde nicht nach den Vorschriften der CPO., sondern des FrGG. gegeben.

Der Gläubiger ist berechtigt, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in einen Erbtheil einen Erbschein an Stelle des Gläubigers zu verlangen. OLG. **1** 298 (KG.).

4. Der Gläubiger kann nur solche Urkunden verlangen, die unmittelbar zur Vornahme der von ihm betriebenen Zwangsvollstreckung geeignet sind. LG. Posen, PosMschr. **00** 69.

§ 793. 1. Die Bestimmung gilt nicht für Entscheidungen, die nur zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dienen, wie die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung. **RG.** JW. **00** 606; OLG. **5** 446 (Posen).

2. In den Fällen, wo die Eintragung einer Zwangshypothek gemäß den Vorschriften der §§ 866, 887 in Frage steht, ist nicht die sofortige und weitere Beschwerde des § 793, sondern die Beschwerde und die weitere Beschwerde nach GBO. §§ 71 ff. gegeben. **RG. 48** 243; KG., RJA. **3** 100.

§ 794. 1. Die Zwangsvollstreckung aus den unter Nr. 1, 2 und 5 angeführten Titeln ist der Sache nach eine vorläufige, denn gegen die Gültigkeit der letzteren können alle nach bürgerlichem Rechte zulässigen Einwendungen, insbesondere auch jegliche Anfechtungseinreden geltend gemacht werden (§§ 797 Abs. 4, 767 Abs. 1). Ueber eine etwaige Entschädigungspflicht des Vollstreckers, wenn dieselbe sich nachträglich als ungerechtfertigt herausstellt, enthält die CPO. im Gegensatze zu den §§ 302 600, 717 nichts; es bleibt daher hier in dieser Beziehung ausschließlich bei den Bestimmungen des BGB. über Verpflichtung zum Schadensersatze. Schultze, Grünhuts Z. **28** 563.

2. Nr. 1. a) Ein in einem dem Anwaltszwang unterliegenden Prozesse von den Parteien ohne Vermittelung ihrer Prozeßvertreter geschlossener Vergleich ist kein vollstreckbarer Schuldtitel. OLG. **1** 1 (KG.).

b) Ebensowenig ein im Widerspruchsverfahren nach § 925 geschlossener Vergleich, denn ihm ist keine Erhebung einer Klage vorausgegangen. Der Widerspruch nach § 824 ersetzt die Klagerhebung nach § 253 nicht. SächsAnn. **21** 469.

c) Die Entschließung darüber, ob ein Vergleich im Sinne des § 799 geschlossen sei, kann nur nach mündlicher Verhandlung durch richterliches Urtheil gefaßt werden. Der Richter darf die beantragte Terminsbestimmung nicht ablehnen. OLG. **5** 128 (Dresden).

d) Ist der Prozeßvergleich insofern bedingt geschlossen, als die Klageforderung nicht schon gegen Uebernahme, sondern erst gegen Erfüllung der vom Beklagten vergleichsweise eingegangenen Verpflichtung erlassen sein soll, so ist der Prozeß bei Nichterfüllung der Bedingungen fortzusetzen. OLG. Braunschweig, R. **02** 615.

c) Ein gerichtlicher Vergleich ist nicht schon dann unwirksam, wenn sich nur eine der Parteien über einen von ihrem Standpunkt aus wesentlichen Umstand im Irrthume befunden hat. Es muß vielmehr feststehen, daß beide Parteien über die Bedeutung dieses Umstandes als Voraussetzung des Vergleichs einverstanden gewesen sind. LG. Dresden, R. **02** 267 Nr. 1347.

3. Nr. 2. Der Vergleich ist nur vollstreckbar, wenn thatsächlich ein Sühneversuch vor Richter und Gerichtsschreiber stattgefunden hat. Aus einem außergerichtlich geschlossenen und vom Gerichte nur beurkundeten Vergleiche findet eine Zwangsvollstreckung nicht statt. OLG. Darmstadt, HessRspr. **1** 182.

4. Nr. 3. Hierunter fallen auch die kontradiktorischen Urtheile, welche, ohne daß eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist, nur über den Kostenpunkt entscheiden und gegen welche gemäß § 99 Abs. 3 die sofortige Beschwerde stattfindet. Labes, DJZ. **00** 500, und mit ausführlicher Begründung R. **01** 229. A. A. Pieper, R. **01** 72 und Krukenberg, DJZ. **01** 282.

5. Nr. 5. a) (Bayer. Ausf.Ges. z. BGB. Art. 167 Abs. 2). Die Vereinbarung bildet einen Vollstreckungstitel gemäß § 794 Ziff. 5, wenn sich in derselben der Kindesvater der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Gemäß § 128 BGB. kann die Vereinbarung unter Mitwirkung verschiedener Gerichte, der Domizilsgerichte der Betheiligten, zu Stande kommen. In diesem Falle ist die vollstreckbare Ausfertigung von der Vereinbarung von dem Gerichtsschreiber desjenigen Gerichts zu ertheilen, welches das Zahlungsversprechen und die Unterwerfungserklärung des Kindesvaters beurkundet hat, nicht ohne Weiteres von dem Gerichtsschreiber des mit der Führung der Vormundschaft betrauten Gerichts; denn diese Beurkundung nimmt das Gericht als Beurkundungsgericht (§ 167 FrGG.) in eigener Zuständigkeit auf, nicht Namens des Vormundschaftsgerichts als solchen. Bezold, Seuff. Bl. **66** 413. A. M. Schäfer, ebenda 389.

b) Auf Grund dieser Vorschrift sind nur Urkunden über einen Anspruch zulässig, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat. Diesem Erforderniß entspricht eine Urkunde nicht, die nur die Festsetzung einer Maximalsumme enthält, bis zu welcher das Grundstück haften soll. RJA. **2** 204 (KG.); vgl. auch OLG. **3** 295 (BayrObLG.).

c) Enthält die notarielle Urkunde zugleich eine Erklärung der im § 794 Abs. 1 Nr. 5 und eine Erklärung der im § 794 Abs. 2 bezeichneten Art, so genügt die einfache Vollstreckungsklausel des § 725, um den Gläubiger zu der Zwangsvollstreckung mit den beiden in der Urkunde verbundenen Titeln zu ermächtigen. OLG. **1** 258 (BayrObLG.).

d) Der Besitz eines vollstreckbaren Notariatsakts hindert nicht die klageweise Geltendmachung des darin verbrieften Anspruchs, wenn der Kläger voraussieht, daß gegen die auf den Akt hin eingeleitete Zwangsvollstreckung vom Schuldner Einwendungen im Wege der Klage erhoben werden würden, oder wenn der Gläubiger sonst ein Interesse an der Beschreitung des Klagewegs hat. DJZ. **00** 264 (Colmar).

Ebenso OLG. **3** 322 (Köln): Den Kläger treffen auch nicht lediglich deswegen, weil er, statt die Vollstreckungsklausel zu erwirken, Klage erhebt, die Prozeßkosten.

§ 796 Abs. 2. Die Vorschrift im § 796 Abs. 2 hindert nicht die Anfechtung eines vollstreckbaren Zahlungsbefehls, der im Einverständnisse der Parteien für eine noch nicht existirende Forderung erwirkt worden ist. RG. **46** 334.

§ 797. Verweigert der Notar die Ausfertigung, so entscheidet das Landesrecht über das Rechtsmittel. Art. 51 Abs. 2 preuß. FrGG. bezieht sich auch auf die Verweigerung vollstreckbarer Ausfertigungen. KGBl. **00** 38 (KG.).

§ 800. 1. Zur Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger des Grundstückseigenthümers gehört die Eintragung der Unterwerfung in das Grundbuch. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht. Denn einmal ist die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung kein Moment, durch das die Forderung bestimmt wird, und zweitens soll jeder Erwerber des Grundstücks aus dem Grundbuche selbst die für ihn bedeutungsvolle Abmachung erkennen. RJA. **3** 94; 129 (KG.).

2. Die Unterwerfung eines Grundstücks unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist eine Verfügung über das Grundstück. Der gesetzliche Vertreter bedarf mithin zur Unterwerfung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. RJA. **2** 44 (KG.).

3. Gehört das Grundstück zum Gesammtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft, so kann die Unterwerfung nur mit Zustimmung der Frau erfolgen. BayrObLG. R. **02** 352.

4. Die Vorschrift ist auf Sicherungshypotheken, bei denen nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, angegeben ist, nicht anwendbar. RJA. **2** 202 (KG.); BayrObLG. Seuff. A **57** 379.

5. Die Vorschrift kann auf Reallasten, auch wenn sie auf eine Geldrente lauten, nicht Anwendung finden. SächsAnn. **23** 69.

Zweiter Abschnitt.
Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel.
Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803. 1. Die Zwangsvollstreckung aus einem Urtheile, das den Beklagten zur Hinterlegung einer Geldsumme verurtheilt, kann nur nach § 803, nicht nach § 887 stattfinden. Dadurch, daß die Zahlung nicht an den Gläubiger, sondern an die Hinterlegungsstelle zu erfolgen hat, wird sie keineswegs zu einer Handlung im Sinne des § 887 CPO. Die dem Gerichtsvollzieher hierbei obliegende Verpflichtung, die beigetriebene Summe statt an den Gläubiger zur Hinterlegungsstelle zu zahlen, kann auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ebensowenig Einfluß haben, als wenn die Verurtheilung zur Zahlung an einen Dritten lautete. OLG. **1** 44 (Posen).

2. Wegen Unsicherheit des Erfolges der ersten Pfändung ist Nachpfändung zulässig. Tritt nicht sofort bei der Pfändung, sondern nachträglich ein Dritter mit seinem Anspruche hervor, und wird dadurch der Ausfall der bisherigen Pfändung dahin, daß die Forderung des Gläubigers gedeckt wird, zweifelhaft, so muß dem Gläubiger das Recht zugestanden werden, nachträglich eine weitere Ausdehnung der Pfändung zu begehren. OLG. **3** 153 (Rostock).

§ 804. 1. Auf die Frage, für welche Forderung das Pfändungspfand haftet, sind die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (z. B. § 1210 BGB.) nicht anwendbar. Flechtheim, Buschs Z. **28** 280 ff.

2. Der Satz „Hand wahre Hand" findet auf das Pfändungspfandrecht keine Anwendung. Dies ergibt sich: a) e contrario aus § 898 CPO.; b) daraus, daß der Schutz der bona fides beim Rechtserwerbe kein allgemeines Rechtsprinzip ist, sondern auf im Einzelnen nachzuweisender positiver Bestimmung beruht, jedenfalls aber eine Veräußerungshandlung voraussetzt; c) daraus, daß § 1257 BGB. nur für bereits entstandene gesetzliche Pfandrechte gilt, für die Entstehung dieser Rechte also eine analoge Anwendung der Vorschriften über Konventional-

pfandrechte (§ 1207) **nicht zulässig ist, abgesehen** davon, daß es nach der Terminologie des **BGB.** (Mot. III 796; Konf.O. § 49²) fraglich ist, ob die **Pfändungspfandrechte** zu den im § 1257 genannten gesetzlichen Pfandrechten zu rechnen sind. **Mannhardt,** HansGerZ. Beibl. **00** 77. Vgl. auch oben zu § 1257 BGB. Note 1 b.

3. **Vgl. hierzu auch:** a) OLG. **4** 329 (Dresden): Die gesetzlichen Bestimmungen über den Rechtserwerb in gutem Glauben schützen grundsätzlich nur **den rechtsgeschäftlichen** Erwerb, während sie auf den kraft Gesetzes oder im **Wege der Zwangsvollstreckung** sich vollziehenden Erwerb von Rechten regelmäßig **keine Anwendung finden.** Ist das auch im Gesetze selbst nicht ausdrücklich gesagt, **so entspricht** es doch der gesetzlichen Entwickelung des ihm zu Grunde liegenden **altgermanischen Grundsatzes** „Hand wahre Hand", der von jeher nur dazu gedient **hat, den Veräußerungsgeschäften** der Parteien und den durch sie vermittelten **Eigenthumsübertragungen und Pfandbestellungen** den im Interesse der Verkehrs**sicherheit gebotenen Rechtsschutz** zu gewähren. Die Ausnahme des § 366 Abs. 3 **HGB. duldet keine Verallgemeinerung.**

Aus dem § 1257 BGB. kann das Gegentheil nicht hergeleitet werden. Er **schreibt nur eine entsprechende** Anwendung vor.

b) OLG. Hamburg, DJZ. **02** 156: Der pfändende Gläubiger kann sich **gegenüber dem** Eigenthümer der gepfändeten Sache nicht auf seinen guten Glauben **berufen.**

c) OLG. **2** 58 (Köln): Das Pfändungspfandrecht geht nicht unter, wenn **eine bereits** gepfändete, aber mit Pfandzeichen nicht mehr versehene Sache von **einem zweiten** Gerichtsvollzieher in Unkenntniß der früheren Pfändung für einen **anderen** Gläubiger gepfändet und im Gewahrsame des Schuldners belassen wird.

4. **Vgl. im** Uebrigen auch die Noten zu BGB. § 1257.

§ 805. 1. (§ 117 Abs. 1 Konkursordnung.) Die Vorschrift im § 805 **Abs. 4 ist eine spezielle** Anwendung der allgemeinen Bestimmung des § 935 auf **die Klage wegen** „vorzugsweiser Befriedigung aus dem Erlös einer Pfandsache". **Es ist dies ein Anspruch** auf eine Individualleistung, für die ohne Weiteres, **also ohne** besondere Glaubhaftmachung die Gefahr gegeben ist, daß der Gerichts**vollzieher** den Erlös der Pfandsache an seinen Auftraggeber, den Pfändungs**gläubiger,** abliefern werde.

Im Falle des § 117 KO. hat der Pfandgläubiger nach Maßgabe der §§ 40, 41 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 a. a. O. ebenfalls einen Anspruch auf die Individualleistung der „abgesonderten Befriedigung aus dem Erlöse der Pfandsache", und für diesen Anspruch gegen den Konkursverwalter sind die Schutzmaßregeln des § 935 gleichfalls gegeben. **Begemann,** Buschs Z. **26** 373 ff.

2. Der Vermiether kann nicht auf Grund seines Pfandrechts dem pfändungsberechtigten Gläubiger gegenüber der Pfändung und Entfernung der eingebrachten Sachen widersprechen. Er kann nur seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse geltend machen. Die einmonatige Frist des § 561 kann hier nicht Platz greifen. **Grünebaum,** R. **02** 35.

3. Die Rechtskraft eines Urtheils, das der Verpächter für seine Pachtforderung gegen den Pächter erstritten hat, schließt den Zwangsvollstreckungsgläubiger, der Gegenstände des Pächters gepfändet hat, mit seinen Einwendungen gegen die Forderung des Verpächters nicht aus. **RG.** JW. **00** 656.

4. Der vorzugsberechtigte Dritte, der die Klage aus § 805 versäumt, **verliert damit** nicht zugleich den Bereicherungsanspruch auf den Erlös gegen den **Veräußerer.** Denn die Klage aus § 805 hat einen prozeßrechtlichen Charakter. **Hätte die** Versäumung der Klage so tief einschneidende materiell-rechtliche Folgen **wie den** Verlust des Bereicherungsanspruchs, so wäre das, wie z. B. im § 877, **ausdrücklich** bestimmt. OLG. **2** 352 (Bamberg), 353 (Stuttgart).

5. Abs. 4. a) Es ist zur Anordnung der Hinterlegung nicht erforderlich, daß der Antragsteller Klage nach § 805 Abs. 1 eingereicht oder auf eine demnächst erfolgende Klagerhebung Bezug genommen hat. Das Prozeßgericht kann vielmehr die Hinterlegung auch vor der Klagerhebung anordnen, nur muß es alsdann den Vollzug der Anordnung von dem Nachweise der erfolgten Klagezustellung abhängig machen. SächsAnn. 23 363.

b) Der Erlaß einer Anordnung nach § 805 Abs. 4 enthält keine einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 935, 940. Die Anordnung nach §§ 805 Abs. 4, 769 unterliegt, was ihr rechtliches Verhältniß zur Hauptsache anlangt, einer anderen Beurtheilung als die einstweilige Verfügung der §§ 935, 940. Während das Arrestverfahren und folglich auch das durch eine einstweilige Verfügung veranlaßte ein besonderes Verfahren neben demjenigen über die Hauptsache bildet, so daß die Entscheidung über die Kosten des Hauptprozesses an sich nicht ohne Weiteres zugleich die Kosten des vorausgegangenen Arrestverfahrens ergreift, geht der nach § 769 die Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnenden Maßnahme diese Selbständigkeit ab. Sie wirkt nur vorübergehend bis zur Entscheidung über die nebenher laufende Hauptsache, mit der sie auf das Engste zusammenhängt und von der sie sich nicht losgelöst denken läßt. Sie erscheint somit sachlich als ein Theil des Hauptprozesses, wie sich unter Anderem auch daraus ergiebt, daß die zur Hauptsache ergehende Endentscheidung sich nach § 770 von selbst mit auf die Frage erstreckt, ob und inwieweit eine etwa vorher verfügte Einstellung der Zwangsvollstreckung aufzuheben, abzuändern oder zu bestätigen sei. Dringt der Kläger daher mit seinen Einwendungen gegen die vom Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung durch und wird der letztere dementsprechend zur Hauptsache sowohl wie im Kostenpunkte verurtheilt, so umfaßt diese Verurtheilung der Regel nach auch die Kosten der vom Kläger beantragten und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung unumgänglich gebotenen Einstellung der Zwangsvollstreckung. SächsAnn. 22 280.

§ 807. 1. a) Die Offenbarungspflicht obliegt dem Schuldner im Arrestverfahren ebenso wie in der Zwangsvollstreckung zwecks Befriedigung, da auf die Vollziehung des Arrestes die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden. OLG. 2 129 (Hamburg), 359 (Marienwerder); ebenso Gaupp-Stein. Dagegen:

b) Neumann, ThürBl. 48 3ff.: Der Arrestschuldner ist nicht verpflichtet, auf Grund des Arrestbefehls den Offenbarungseid zu leisten. Denn auf die Arrestvollziehung finden nur die Vorschriften über die Vollziehung der Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung (§ 928). Der Offenbarungseid gehört nicht zur Vollziehung der Zwangsvollstreckung und kann seinem Wesen und dem Wesen des Arrestes nach im Arrestverfahren keine entsprechende Anwendung finden. Außerdem wird die Vollziehung des Arrestes durch Pfändung bewirkt, — § 930 — und der Offenbarungseid liegt zeitlich hinter der Pfändung (§ 807). Der Arrest ist auch nur 14 Tage lang Zwangsvollstreckungstitel — § 929 Abs. 2 und RG. 26 398 — und nach diesem Zeitraume könnte einmal dem Verlangen nach dem Offenbarungseide mangels Titels widersprochen werden, und die Eidesabnahme wäre widersinnig, da eine weitere Vollstreckung aus dem Arreste nicht mehr möglich wäre.

3. a) Pfändung ist im Sinne des § 807 nur eine Pfändung in das Vermögen des Schuldners. Werden die gepfändeten Sachen von dritten Personen mit Erfolg reklamirt, so ist ohne nochmaligen Pfändungsversuch das Verlangen der Leistung des Offenbarungseids nur dann gerechtfertigt, wenn sich im Pfändungsprotokolle der Vermerk findet, daß anderweit pfändbare Sachen nicht vorhanden waren. Schröder, DJZ. 02 390.

b) Unter dem Ausdrucke „die Pfändung“ ist eine solche Ausführung der Zwangsvollstreckung zu verstehen, durch welche die Möglichkeit, auf dem Wege der Pfändung beweglichen Vermögens (nicht nur körperlicher Sachen) des Schuldners Befriedigung zu erlangen, erschöpft ist. OLG. **3** 333 (Celle).

3. a) Ist dem Gläubiger bekannt, daß der Schuldner der Pfändung unterworfenes Einkommen (Gehalt) besitzt, so genügt der Nachweis einer erfolglosen Pfändung in die körperlichen Sachen für das Verlangen auf Leistung des Offenbarungseids nicht. OLG. **3** 335 (Königsberg).

b) Es genügt zur Glaubhaftmachung nicht, daß der Gerichtsvollzieher bescheinigt, es seien beim Schuldner interventionsfreie Gegenstände nicht vorhanden. LG. Berlin I KGBl. **02** 49.

c) Der Schuldner hat die im § 807 vorgeschriebene Pflicht nicht vollständig erfüllt, wenn er die daselbst vorgeschriebene Angabe des Grundes und der Beweise seiner Forderungen unterlassen hat. OLG. **1** 401 (KG.).

4. Die Leistung des Offenbarungseids nach § 125 KO. befreit nicht von der Leistung des Offenbarungseids im Zwangsvollstreckungsverfahren. KGBl. **02** 60 (KG.).

5. Ist gegen eine Ehefrau mangels eines Urtheils nach § 739 die Zwangsvollstreckung nur in ihr Vorbehaltsgut versucht worden, so ist sie nur zur Leistung des Offenbarungseids über ihr Vorbehaltsgut, nicht über ihr eingebrachtes Vermögen verpflichtet. LG. Dresden, R. **02** 154.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. a) Der Gläubiger einer vollstreckbaren Geldforderung ist dem Schuldner gegenüber befugt, jede bewegliche körperliche Sache, welche nicht nach § 811 unpfändbar ist und für welche nicht etwa eine zur Veräußerung gleich geeignete Sache angeboten wird, durch einen zuständigen Gerichtsvollzieher pfänden zu lassen, wenn sie im *Gewahrsame des Schuldners oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten* sich befindet; die Frage, ob die Sache dem Schuldner oder einem Dritten gehört, kann freilich auf des Gläubigers Seite hinsichtlich des Kostenpunkts zu erwägen sein, ist aber zu verhandeln und zu entscheiden, aber erst im Gegenverfahren des § 771. Dies trifft auch die ehegüterrechtlichen Vermuthungen des § 1362 BGB. *Francke*, Seuff. Bl. **65** 86 ff. A. A. *Frey*, SächsA. **10** 456 ff.

Ueber die rechtlichen Beziehungen, in denen die zu pfändenden Sachen zum Schuldner stehen, insbesondere, ob sie ihm zu Eigenthum gehören oder sonstwie seiner Verfügung unterworfen sein müssen, sagt das Gesetz nichts; der Gewahrsam des Schuldners genügt, um die Pfändung formell als korrekt erscheinen zu lassen. *Mannhardt*, HansGerZ. Beibl. **00** 78.

b) Die Pfändung nach § 808 setzt voraus, daß sich die Pfandstücke im *ausschließlichen* Gewahrsame des Schuldners befinden.

Auf Grund eines lediglich gegen die *Ehefrau* erwirkten Schuldtitels dürfen daher beim Mangel der Zustimmung des Ehemanns nicht die in der ehelichen Wohnung befindlichen Gegenstände gepfändet werden. Der Ehemann ist präsumtiv Haushaltungsvorstand und Haupt der Familie und hat als solcher den alleinigen Gewahrsam der in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Gegenstände. OLG. Frankfurt, R. **01** 77, 268. S. jedoch auch unten zu § 809 Note 2.

Gegen diese beiden Erkenntnisse wendet sich *Francke*, R. **01** 368: Gewahrsam ist lediglich Thatsache, Mann und Frau haben in der Regel den *gemeinsamen* Gewahrsam. *Ausschließlicher* Gewahrsam wird im § 808 nicht gefordert. Vgl. zu dieser Frage noch *Wolff*, Jherings J. **44** 149 Anm. 13.

2. a) Die Pfändung muß für Dritte hinreichend erkennbar gemacht sein. Diesem Zwecke würden solche Maßnahmen nicht dienen, welche einen Zustand schaffen, bei dem die angebrachte Pfandmarke geradezu den Blicken entzogen ist. **RG.** JW. **02** 502.

b) Die Anbringung der Pfandzeichen an der Seite der gepfändeten Sachen ist ausreichend, nicht aber diejenige an der der Wand zugekehrten Seite. OLG. Frankfurt, R. **02** 326.

c) Es liegt eine ordnungsgemäße Pfändung vor, wenn bei Pfändung eines Konversationslexikons die Pfandmarke auf dem ersten Blatte des ersten Bandes angebracht ist. **RG.** JW. **02** 502.

d) Ebenso darf die Pfändung eines Geldschrankes durch Anbringung der Siegelmarke auf der oberen Deckplatte kenntlich gemacht werden. **RG.** JW. **02** 502.

e) Es ist keine den Anforderungen des § 808 Abs. 2 genügende Pfändung, wenn der Gerichtsvollzieher die Pfändung von 10 Töpfen Mus in der Weise vollzieht, daß er auf einen der in der Behausung des Schuldners zusammenstehenden 10 Töpfe einen Zettel mit der Aufschrift klebt „10 Töpfe gepfändet". Das Wesentliche des § 808 besteht darin, daß die geschehene Pfändung aller Sachen für Jedermann wahrnehmbar gemacht wird. Es geht zu weit, wenn man diese Voraussetzung auch bezüglich derjenigen Mustöpfe für gegeben erachtet, welche mit einer Pfändungsmarke nicht versehen worden sind, zumal die Beziehung der Aufschrift des einen Topfes auf die übrigen gepfändeten Töpfe schon dann nicht mehr objektiv erkennbar war, wenn sie nur aus der Nähe der ersteren entfernt wurden. **RG.** JW. **02** 501.

f) Ueber Pfändung eines Waarenlagers vgl. **RG.**, Seuff. Bl. **01** 513 ff.

§ 809. 1. Ist die Sache trotz des Widerspruchs des Drittbesitzers gepfändet worden, so ist die Pfändung nicht nichtig, sondern es steht nur dem Drittbesitzer ein Widerspruchsrecht nach §§ 766, 771 zu. Gegenüber dem Schuldner und anderen Gläubigern ist die Pfändung wirksam. OLG. Cöln, Puchelts Z. **33** 40.

2. Wenn auch eine thatsächliche Vermuthung dafür streitet, daß der Ehemann als der Haushaltungsvorstand die in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Sachen in seinem Gewahrsame habe, so trifft dies doch nicht auf das Vorbehaltsgut zu. Diesem gegenüber hat die Frau die gleiche selbständige Stellung wie bei der Gütertrennung ihrem ganzen Vermögen gegenüber, sie hat insbesondere den alleinigen Besitz, den sie erst dann auf den Mann überträgt, wenn sie ihm die Verwaltung überläßt (BGB. § 1430). Seuff. A. **56** 424 (Dresden).

§ 810. Das Fruchtbezugsrecht des Pächters u. dergl. ist aufzufassen als ein Aneignungsrecht „pro cura et cultura". Francke, Buschs Z. **28** 139 ff.

§ 811. Vgl. Landsberg, Ueberschüssige Kostbarkeit unpfändbarer Sachen, PosMschr. **00** 181 ff.

I. Allgemeines.

1. Die Vorschriften des § 811, durch welche aus sozialpolitischen Gründen den Rechten der Gläubiger auf Befriedigung aus dem beweglichen Vermögen ihrer Schuldner gewisse Schranken gesetzt werden, sind öffentlichen Rechtes und finden deshalb vom 1. 1. 00 an unbeschränkt auch auf vor 1900 erfolgte Pfändungen Anwendung. OLG. **1** 46 (Posen).

2. a) Der § 811 ist nicht allein im Interesse des Schuldners, sondern insbesondere auch im öffentlichen Interesse gegeben, um aus Gründen des öffentlichen Wohles dafür zu sorgen, daß dem Schuldner niemals das Existenzminimum genommen werden darf. Geht man von dieser gesetzgeberischen Tendenz aus, die auch im § 559 BGB., wonach sich das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen nicht erstreckt, Ausdruck gefunden hat, so ergiebt sich, daß auch der Schuldner selbst auf die Befolgung der

im § 811 aufgestellten Pfändungsbeschränkungen in der Regel nicht verzichten kann. Mithin kann an der Unpfändbarkeit der Sachen auch dadurch nichts geändert werden, daß der Schuldner sie dem Gläubiger vorher zum Faustpfande gegeben und sie Monate lang im Pfandbesitze belassen hat. OLG. 1 432 (Köln).

b) Daß der Schuldner das unter § 811 fallende Pfandobjekt selbst als Pfandobjekt dem Gerichtsvollzieher gegenüber bezeichnet, ist für die Wirksamkeit des § 811 bedeutungslos, da die Beschränkungen des § 811 nicht bloß im Interesse des Schuldners getroffen sind, sondern zugleich das öffentliche Interesse verfolgen. SächsAnn. 21 377.

Anders OLG. 4 368 (Hamb.): Wenn auch die gesetzlichen Vorschriften über die der Pfändung entzogenen Sachen im öffentlichen Interesse gegeben sind, so folgt daraus (jedenfalls im Falle des § 811 Nr. 5) nicht, daß nach thatsächlich bewirkter Pfändung solcher Sachen der Schuldner sich nicht freiwillig der Pfändung unterwerfen könnte. Denn da er die nicht pfändbaren Sachen gültig veräußern und verpfänden kann, so ist nicht erfindlich, weshalb er gehindert sein sollte, sein Verfügungsrecht dadurch auszuüben, daß er sich der Veräußerung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher zu Gunsten seines Gläubigers unterwirft.

c) Die Unpfändbarkeit hindert nicht die Bestellung eines gültigen Faustpfandes an den der Pfändung entzogenen Sachen. OLG. 1 432 (Köln).

3. Gegen die Einwendung aus § 811 kann nicht angeführt werden, die Pfandsachen ständen nicht im Eigenthume des Schuldners. OLG. 3 154 (Kiel).

4. Ist der Schuldner durch körperliches Leiden am Erwerbe behindert und ernährt seine Ehefrau durch ihre Arbeit die Familie, so sind die für die Thätigkeit der Frau unentbehrlichen Gegenstände gleichfalls unpfändbar. OLG. 4 366 (Darmstadt).

5. Die Pfändungsbeschränkungen des § 811 beziehen sich nicht auf die Versicherungsgelder für verbrannte Sachen. Das Prinzip der Surrogirung ist im BGB. nur ausnahmsweise anerkannt und darf auf im Gesetze nicht besonders vorgesehene Fälle nicht ausgedehnt werden. Grundsätzlich erlischt das Eigenthum wie jedes andere dingliche Recht an beweglichen Sachen mit ihrem physischen Untergange. Im Falle ihrer Zerstörung durch Feuer ist an Stelle des bisherigen Rechtes des Eigenthümers eine reine Geldforderung gegen den Versicherten getreten, die den allgemeinen Grundsätzen über Forderungen folgt und deshalb hinsichtlich ihrer Pfändbarkeit ausschließlich nach den Vorschriften der §§ 850 ff. zu beurtheilen ist. Diese enthalten aber Bestimmungen, die Mobiliar-Brandentschädigungsforderungen der Pfändung entziehen, nicht. OLG. 4 365 (Posen).

II. Nr. 1. 1. Das Hausgeräth ist dazu bestimmt, von den Mitgliedern der Familie bei Ausübung der häuslichen Verrichtungen und im sonstigen Verlaufe des häuslichen Lebens gebraucht zu werden. SächsAnn. 23 365.

2. a) Für die Unentbehrlichkeit ist nicht ausschließlich der Zeitpunkt der Pfändung entscheidend. Hat der Schuldner zur Zeit der Versteigerung kein anderes Bett als das gepfändete, so wird regelmäßig die Zwangsvollstreckung durch die Vorschrift des § 811 Nr. 1 gehemmt, mag auch die Pfändung des fraglichen Bettes deswegen zulässig gewesen sein, weil damals noch ein zweites Bett vorhanden gewesen war. OLG. Rostock, MecklZ. 19 309. Entgegengesetzt OLG. Braunschw., BraunschwZ. 00 153: Die Unpfändbarkeit von Sachen ist nach dem Zeitpunkte der Pfändung zu bemessen. Der später vorgenommene Verkauf der dem Schuldner verbliebenen Sachen oder sonstige Veränderungen heben die ursprüngliche Pfändbarkeit nicht auf.

b) Die wegen Unentbehrlichkeit des gepfändeten Gegenstandes ungültige Pfändung wird gültig, wenn später die Unpfändbarkeit wegfällt. OLG. Darmstadt, HessRspr. 1 121.

3. Im Einzelnen:

a) Badewanne ist so lange unentbehrliches Hausgeräth, als der bestehende Krankheitszustand des Schuldners ihren Gebrauch nothwendig macht. OLG. Rostock, MecklZ. 19 309.

b) Kanapee ist unentbehrlich, wenn es als Bett für die Kinder des Schuldners dient. Eine besondere Lagerstätte ist für die Kinder im Interesse der Gesundheit und Sittlichkeit geboten. OLG. 4 152 (Karlsr.).

c) Nähmaschine.

α. Sie wird nach der jetzigen Lebenshaltung allerdings dann, wenn der Schuldner eine starke Familie hat, in der Regel als zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes als unentbehrlich zu erachten sein. Hat der Schuldner dagegen keine Kinder und ist sein Hausstand auch sonst kein großer, so ist die Anwendbarkeit des § 811 Nr. 1 zu verneinen. SächsAnn. 23 364.

β. OLG. 4 366 (Darmstadt) läßt die Frage dahingestellt, ob im einzelnen Falle die Nähmaschine als unentbehrliches Hausgeräth der Pfändung entzogen sei.

γ. Für ein unentbehrliches Hausgeräth erachtet die Nähmaschine LG. Gießen, HessRspr. 1 117 auch in dem Falle, wenn die Schuldnerin nicht Nähterin ist.

d) Rituelles Ostergeschirr der Israeliten ist pfändbar. LG. Gnesen, PosMschr. 00 90.

e) Pelzmantel eines Geschäftsreisenden ist nicht unentbehrlich und daher pfändbar. LG. Mainz, HessRspr. 1 149.

III. Nr. 4. 1. Der § 811 Nr. 4 stellt ein Vorrecht der Landwirthschaft dar. Für die Beurtheilung der Unentbehrlichkeit der Gegenstände, deren Befreiung von der Pfändung die Vorschrift statuirt, ist der zur Zeit der Pfändung bestehende Wirthschaftsmodus maßgebend, und zwar qualitativ und quantitativ, und die Erhaltung der Wirthschaft als Ganzes ist der Zweck der Bestimmung. Während bei der Befreiung nach § 811 Nr. 1 nur auf die nunmehrigen reduzirten Verhältnisse des Schuldners Rücksicht genommen werden soll, ist dies bei der Befreiung nach § 811 Nr. 4 nicht der Fall, vielmehr soll hierbei das objektive Bedürfniß des, wenn auch noch so umfangreichen, Gutes entscheiden. OLG. 1 243 (Darmst.).

2. „Personen, welche Landwirthschaft betreiben", sind dem Wortsinne nach alle Personen, welche Land bebauen, um daraus ihre Nahrung zu ziehen oder die Erzeugnisse sonst zu verwerthen. Es kommt nicht darauf an, in welchem Umfange die Landwirthschaft betrieben wird, oder daß dieser Betrieb den Haupterwerbszweig des Schuldners bildet. OLG. 2 354 (Celle).

Die Vorschrift im § 811 Nr. 4 bezieht sich nicht nur auf berufsmäßige Landwirthe, bei denen die Landwirthschaft den Hauptgegenstand ihrer Thätigkeit bildet. Die Landwirthschaft braucht nicht der Hauptzweig des in Frage kommenden Betriebs zu sein. OLG. 4 152 (Karlsr.).

3. Thiere, die auf einem Grundstücke gehalten werden, um die Produkte der Wirthschaft, auf dem Grundstücke gebautes Futter, Milch, Abfälle angemessen zu verwerthen, sind zum Wirthschaftsbetrieb erforderliches Vieh. OLG. 2 235 (Rostock).

4. Der Verstoß gegen die Vorschrift des § 811 Nr. 4 wird nicht dadurch geheilt, daß über das Vermögen des Schuldners später Konkurs eröffnet wird. Ein landwirthschaftlicher Betrieb hört nicht mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen seines Inhabers ohne Weiteres auf.

Der Konkursverwalter ist kraft seiner Stellung befugt, die nach dem Gesetze begründeten Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung zu erheben und so auf die Beseitigung der unzulässigen Pfändung hinzuwirken. SächsAnn. **21** 275.

IV. Nr. 5. 1. Der § 811 Nr. 5 bezweckt die Vermeidung des im öffentlichen Interesse abzulehnenden Mißstandes, der sich ergeben würde, wenn einem Schuldner durch einen Akt der Zwangsvollstreckung die persönliche Bethätigung derjenigen körperlichen oder geistigen Befähigung unmöglich gemacht wird, mit der er seinen Lebensunterhalt zu erwerben vermag. OLG. **4** 153 (Dresden).

2. Die Frage, ob der Schuldner ohne den gepfändeten Gegenstand künftig seine Familie ernähren kann, ist für die Frage nach der Unentbehrlichkeit im Sinne des § 811 Nr. 5 belanglos. OLG. **4** 151 (Bamberg).

3. Ein Schuldner gehört nicht zu den im § 811 Nr. 5 bezeichneten Personen, wenn seine hauptsächlichste Erwerbsquelle das in das Betriebsunternehmen hineingesteckte Kapital ist, das er in nutzbringender Weise zu verwerthen sucht, sonach der Erwerb aus der geschäftlichen Einrichtung den Erwerb aus seinen persönlichen Leistungen überwiegt, mit anderen Worten, wenn die persönliche Thätigkeit des Schuldners zwar unentbehrlich ist, die größere Bedeutung aber in der zu diesem Betriebsunternehmen angeschafften geschäftlichen Einrichtung liegt. OLG. **5** 134 (Rostock).

4. Leben die Eheleute in Gütergemeinschaft, so sind wegen gütergemeinschaftlicher Schulden auch die der Ehefrau gehörigen Sachen unpfändbar, soweit sie für die Erwerbsthätigkeit der Ehefrau unentbehrlich sind. LG. Köln, Buschs Z. **29** 245.

5. Künstler. Der Xylograph ist Künstler im Sinne des § 811 Nr. 5. LG. Dresden, Buschs Z. **29** 244.

6. Handwerker. Der Handwerker von Beruf, welcher seinen Gewerbebetrieb zu einem fabrikmäßigen ausgestaltet und seine Arbeitskraft vorwiegend oder ausschließlich zu anderen als handwerksmäßigen Leistungen verwendet, behält gleichwohl Anspruch auf den jedem Handwerker durch § 811 Nr. 5 gewährleisteten Schutz, sofern nicht Umstände vorliegen, aus denen zu entnehmen ist, daß der Betrieb des Handwerks gänzlich und definitiv aufgegeben ist. LG. Berlin I, KGBl. **13** 48.

7. Erwerb aus persönlichen Leistungen.

a) Hierher gehören:

α. der Lohnkutscher, der die Droschke selbst führt. Hier besteht die persönliche Leistung, aus welcher er seinen Erwerb zieht, in dem Lenken des Wagens zum Zwecke der Beförderung des Fahrgastes an ein bestimmtes Ziel, wobei der Kutscher sich des Pferdes und Wagens nur als des Mittels zur Fortbewegung bedient. OLG. **4** 150 (Bamberg).

Entgegengesetzt LG. I Berlin, KGBl. **01** 28: Fuhrherren, die ihr Gewerbe mit Droschke und Pferd betreiben, ziehen ihren Erwerb nicht aus ihren persönlichen Leistungen, sondern in erster Linie aus den Arbeitsleistungen des Pferdes und dem Vortheile, die der Gebrauch der Droschke gewährt. Bestätigt vom KG. ebendas. 36.

β. Geschäftsreisende. LG. Karlsr., BadRpr. **02** 160.

γ. Agenten. In dem weiten Sinne des § 811 Nr. 5 besteht auch die Thätigkeit eines Agenten aus persönlichen Leistungen. Sie besteht in der Geschäftsbesorgung für Andere, also in Diensten, und diese Dienste müssen sogar, da der Agenturvertrag ein Dienstvertrag ist, nach § 613 BGB. im Zweifel von ihm in Person geleistet werden. LG. Köln, DJZ. **00** 236.

δ. Zirkusbesitzer. OLG. **3** 154 (Kiel).

ε. Milchhändler. OLG. 5 330 (Hamburg).

b) Nicht hierher gehören:

α. Hausirer. OLG. 4 152 (KG.).

β. Herbergswirthe. LG. Gnesen, PosMschr. 01 42.

γ. Karusselbesitzer, sofern der Betrieb des Karussels mit elektrischer Kraft erfolgt. Bei solchen Veranstaltungen wird der Erwerb nicht unmittelbar aus persönlichen Leistungen gezogen, die Erwerbsgelegenheit wird vielmehr im Wesentlichen durch Naturkräfte hervorgebracht oder doch vermittelt, die der Unternehmer durch Kapitalaufwendung für sich nutzbar gemacht hat. OLG. 4 153 (Dresden).

δ. Kleinkaufleute, Minderkaufleute. OLG. 4 152 (KG.); 5 133 (Kiel).

ε. Mühlenbesitzer. OLG. 5 134 (Rostock).

ζ. Zimmervermiether, auch wenn sie außer dem Vermiethen noch untergeordnete Leistungen den Miethern gewähren. LG. Mainz, HessRspr. I 155.

8. Das Gesetz bezweckt, nach den Grundsätzen der Billigkeit die Erwerbsverhältnisse des Schuldners thunlichst zu schonen. Es ist daher die zur Zeit der Pfändung vorhandene Einrichtung des Gewerbebetriebs zu berücksichtigen. Eine Aenderung dieser Einrichtung, durch die der gepfändete Gegenstand entbehrlich werden würde, darf dem Schuldner nicht zugemuthet werden. OLG. 5 453 (Dresden).

9. Es geht nicht an, daß sich ein säumiger Schuldner auf den Schutz des § 811 Nr. 5 beruft, um sich auf Kosten des unbefriedigt gebliebenen Gläubigers durch Ausdehnung seines Geschäftsbetriebs sowie durch Verbesserung seiner Betriebsmittel einen Vortheil zu verschaffen. (Der Schuldner — ein Droschkenbesitzer — hatte bisher sein Gewerbe mit einem Pferde betrieben, war den Kaufpreis für ein zweites, ursprünglich zum Ersatze des ersten bestimmten Pferdes schuldig geblieben und übte nunmehr das Gewerbe mit zwei Pferden aus. Die vom Verkäufer erwirkte Pfändung des zweiten Pferdes wurde für rechtmäßig erklärt.) OLG. 4 150 (Bamberg).

10. Bedarf der Schuldner (Schuster) den betreffenden Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbsthätigkeit, so ist er unpfändbar, mag er auch nicht von jedem Schuster zur Ausübung des Gewerbes nothwendig gebraucht werden. OLG. 3 155 (Kiel).

11. Persönliche Fortsetzung des Betriebs.

a) Die Aufrechterhaltung der jeweiligen Betriebseinrichtung des Schuldners findet ihre Schranke darin, daß nur seine persönliche Thätigkeit den Schutz des Gesetzes genießt. Die zur Fortsetzung der Erwerbsthätigkeit unentbehrlichen Gegenstände sind nicht schlechthin freizugeben, sondern nur, soweit sie zur persönlichen Fortsetzung erforderlich, also nicht auch, soweit sie für die Thätigkeit der Hülfskräfte nöthig sind. Hiernach kann bei einem Handwerker, der mit Gehülfen arbeitet und seinen Betrieb auf Arbeiten erstreckt, die sich nur unter Verwendung von Hülfskräften ausführen lassen, die Pfändung sehr wohl auch zu einer Aenderung der Art seines Betriebs führen. Denn ein solcher Handwerker ist nicht berechtigt, die Freigabe von Maschinen ꝛc. zu verlangen, die nur von den Gehülfen benutzt werden und ihm, wenn er den Betrieb allein fortsetzt, entbehrlich sein würden, und die Pfändung und Wegnahme dieser Arbeitsgeräthe kann wiederum zur Folge haben, daß der Schuldner Arbeiten nicht mehr übernehmen kann, deren Ausführung ohne diese Werkzeuge und ohne Hülfskräfte für ihn technisch und wirthschaftlich unmöglich ist. OLG. 5 453 (Dresden).

b) Als „persönlich" gilt nur diejenige Arbeit, die als eigene — im Gegensatze zu der der Gehülfen oder Gesellen — dem Erwerbe des Schuldners dient. OLG. 4 150 Anm. 1 (Posen).

c) Die von den Gehülfen eines größeren Handwerkers benutzten Werkzeuge, Maschinen u. s. w. unterliegen der Pfändung. OLG. Darmstadt, Hess. Rspr. 00 117.

Hierzu jedoch auch Seuff. A. 56 425 (Dresden): An der Unentbehrlichkeit der Maschinen im Sinne des § 811 Nr. 5 ändert auch der Umstand nichts, daß im Gewerbebetriebe des Schuldners noch weitere Leute beschäftigt sind, wenn der Schuldner die Maschine allein zu bedienen vermag und sie zur Erzielung der technischen Resultate seiner Betriebsart auch dann nicht entbehren kann, wenn er den Betrieb allein fortsetzen sollte.

12. Vorübergehende Nichtausübung.

a) Vorübergehende Nichtausübung der Erwerbsthätigkeit macht die zu ihrer Fortsetzung unentbehrlichen Gegenstände nicht sofort pfändbar. Es müssen jedoch Umstände vorliegen, die die Nichtausübung des Gewerbes als eine bloß vorübergehende erscheinen lassen. OLG. Seuff. A. 57 161 (Dresden).

b) Anders OLG. Karlsruhe, BadRpr. 02 90: Eine Ehefrau hat das gepfändete Schreibbureau ihres Ehemanns, der sich mit einer dritten Frauensperson, unbekannt wohin, entfernt hatte, als für ihn unentbehrlich reklamirt. Die Unentbehrlichkeit wird durch die Entfernung nicht in Frage gestellt, da es jedenfalls zur Zeit noch nicht als gewiß erscheint, daß der Ehemann sich dauernd von seiner Familie fern halten und nicht wieder eine geordnete Thätigkeit im gemeinsamen Zusammenleben mit seiner Frau und seinen Kindern aufnehmen wird.

13. Die dem Schuldner zur persönlichen Fortsetzung seiner Erwerbsthätigkeit unentbehrlichen Gegenstände sind der Pfändung ohne Rücksicht darauf entzogen, ob sie sein Eigenthum sind oder nicht. Umgekehrt ist es auch belanglos, ob, wenn dem Schuldner noch andere Gegenstände zur Fortsetzung seiner Erwersthätigkeit zu Gebote stehen, diese in seinem oder eines Dritten Eigenthum stehen. OLG. 4 150 (Bamberg).

14. Zu den zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbsthätigkeit unentbehrlichen Gegenständen gehören nicht lediglich die Werkzeuge, sondern vielmehr alle Gegenstände, die unter Berücksichtigung der Art und der Ausdehnung des bisherigen Erwerbsbetriebs für die persönliche, wirthschaftlich nutzbringende Erwerbsthätigkeit durch den Schuldner unentbehrlich erscheinen. OLG. 5 134 (Stettin).

15. Als unpfändbar sind erklärt worden: a) Bohrmaschine mit Parallelschraubstück eines Schlossers, der in erster Linie Fensterverschlüsse ꝛc. herstellt. Seuff. A. 56 425 (Dresden).

b) Zirkuspferde eines herumziehenden Zirkusbesitzers, die er selbst vorzuführen pflegt. OLG. 3 154 (Kiel).

c) Drehorgel, die zu einer Schiffsschaukel gehört. Elf. Lothr. JZ. 26 57.

d) Elektromotor, dessen sich der Schuldner zum persönlichen Betrieb einer Schnellpresse bedient, auch wenn der Motor durch Annahme eines Arbeiters zu ersetzen ist. OLG. 5 453 Anm. 1 (Braunschw.).

e) Fahrrad einer Schneiderin, die an mehreren Tagen in der Woche auf dem Lande in der Umgegend ihres Wohnorts das Schneiderhandwerk ausübt und sich dabei des Rades als Transportmittel bedient. OLG. 4 152 (Kiel). S. jedoch unten Note 16 a.

f) Fuhrwerk eines Bäckers, der auf Absatz nach außen angewiesen ist, wenn er ohne solchen Absatz die Bäckerei nicht betreiben kann. OLG. 5 453 Anm. 1, 5 134 (KG.; Stettin).

g) Nähmaschine s. oben II 4 c.

h) Pferd (einziges) eines Droschkenkutschers. OLG. 4 150 (Bamberg), LG. Straßburg, Elf. Lothr. JZ. 25 464; eines Bäckers, der zur Absetzung der

Backwaaren in den Ortschaften der Umgegend seines Wohnorts Pferd und Wagen benutzt. OLG. 5 135 (Stettin). S. jedoch 16 ff.

i) Rohstoffe. Pfändung unfertiger Fabrikate ist unzulässig, wenn dadurch der Schuldner zur zeitweiligen Einstellung seines Geschäftsbetriebs genöthigt wird. PosMschr. 00 37; s. jedoch auch OLG. 1 226 (Bamberg), wonach Vorräthe und Materialien nicht zu den unpfändbaren Sachen zählen.

k) Schreibbureau. BadRpr. 02 90 (Karlsr.).

l) Singer-Säulen-Nähmaschine eines Schusters, mag sie auch nicht von jedem Schuster zur Ausübung seines Gewerbes nothwendig gebraucht werden. OLG. 3 155 (Kiel).

m) Taschenuhr eines Geschäftsreisenden. LG. Karlsruhe, BadRpr. 02 160.

n) Wagen: α. eines Bäckers, der zur Absetzung der Backwaaren in den Ortschaften der Umgegend seines Wohnorts Pferd und Wagen benutzt. OLG. 5 114 (Stettin);

β. eines Droschkenkutschers. LG. Straßburg, Elf. Lothr. JZ. 25 464.

o) Waarenproben eines Agenten. Die Proben, die der Agent bei seiner Geschäftsbesorgung zum Zwecke der Vermittelung und des Abschlusses von Verträgen für andere mit sich führt und mit sich führen muß, sind ihm zur persönlichen Ausübung dieser seiner Erwerbsthätigkeit unentbehrlich. Kleine Bestände des Agenten, welche offensichtlich nicht zum Verkauf als Waaren, sondern nur zur Verwendung als Proben bestimmt sind, unterliegen daher der Pfändung nicht. LG. Köln, DJZ. 00 236.

16. Für pfändbar wurden erklärt:

a) Fahrrad: α. eines Barbiers, da es mit der Ausübung des Rasirgewerbes in gar keiner Beziehung steht. Die Benutzung eines Fahrrads ermöglicht dem Schuldner allerdings eine bequemere, schnellere und ausgedehntere Geschäftsausübung; diese Thatsache reicht also nur aus, um das Instrument zu einem für den Schuldner nützlichen, keineswegs jedoch zu einem unentbehrlichen, d. h. absolut nothwendigen, zu machen. OLG. 1 227 (Bamberg);

β. eines Viehhändlers, da es ihm lediglich zur Erleichterung seiner Erwerbsthätigkeit dient, er jedoch im Stande ist, auch ohne dasselbe zu Fuß oder unter Benutzung anderer Fahrgelegenheiten seinem Gewerbe nachzugehen. OLG. 5 133 (Kiel). S. jedoch oben Note 15e.

b) Geldschrank eines Baumeisters. OLG. Dresden, R. 01 125.

c) Gerüste eines Bauunternehmers. ThürBl. 48 54 (Jena).

d) Karussel, das mit elektrischer Kraft betrieben wird. OLG. 4 153 (Dresden).

e) Leiter eines Bauunternehmers. ThürBl. 48 54 (Jena).

f) Pferd: α. (zweites) eines Droschkenkutschers. OLG. 4 150 (Bamberg);

β. eines Hausirers, der zu den Reisen im Hausirhandel ein Gespann verwendet. OLG. 4 152 (KG.);

γ. eines Müllers. OLG. 5 134 (Rostock);

δ. eines Milchhändlers, da er seine Erwerbsthätigkeit, soweit er dazu besonderer Fortschaffungsmittel bedarf, auch unter Benutzung seiner Milchkarre fortsetzen kann. OLG. 5 330 (Hamburg).

g) Pumpenwagen eines Müllers. OLG. 5 134 (Rostock).

h) Sackwagen eines Müllers. OLG. 5 134 (Rostock).

i) Sielengeschirr eines Müllers. OLG. 5 134 (Stettin).

k) Wagen eines Milchhändlers. OLG. 5 330 (Hamburg).

V. Nr. 6. Die Pfändungsbeschränkung nach Nr. 6 kommt demjenigen Erben nicht zu Gute, der den Nachlaß nach § 1990 BGB. zum Zwecke der Befriedigung

der Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hat. Das BGB. geht davon aus, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, also auch mit seinem eigenen Vermögen und zum vollen Betrage der Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Von dieser Haftung kann sich der Erbe befreien; Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs beschränken die Haftung für die Nachlaßschulden auf den Nachlaß selbst. Sind diese Maßregeln mangels einer den Kosten entsprechenden Masse keine geeigneten Mittel zur Herbeiführung der Beschränkung der Haftung des Erben, so kommt für ihn § 1990 BGB. zur Anwendung. Dadurch tritt, ebenso wie bei der Nachlaßverwaltung und beim Nachlaßkonkurs eine Trennung zwischen dem eigenen Vermögen des Erben und dem Nachlaß ein. Aus dieser Trennung aber folgt, daß der Erbe dieselbe Berechtigung, die ihm das Gesetz als persönlichem Schuldner verleiht, Zwangsvollstreckungen gegenüber, die allein gegen den Nachlaß gerichtet sind, nicht geltend machen kann. Das in Nr. 6 den Wittwen und den minderjährigen Kindern der unter Nr. 5 bezeichneten Personen gegebene Recht auf Unpfändbarkeit der zur Fortführung des Geschäfts durch einen Stellvertreter unentbehrlichen Gegenstände hat zur Voraussetzung, daß sie als persönliche Schuldner in Anspruch genommen werden. Haben solche Erben aber die persönliche Haftung für die Schulden ihres Erblassers abgelehnt und den Gläubiger auf den Nachlaß verwiesen, so steht ihnen aus persönlichen Rechten der Anspruch auf Freigabe von Nachlaßgegenständen nicht mehr zu. KGBl. 01 14 (KG.).

VI. Nr. 7. Zu denjenigen Gegenständen, die einem Arzte zur Ausübung seines Berufs unentbehrlich sind, gehört auch das zur Ausstattung des Sprechzimmers unentbehrliche Hausgeräth. Unpfändbar ist daher ein Kronleuchter, ein Trumeaux, ein Teppich (weil sich der Patient im Zimmer des Arztes vollständig entkleiden muß) und eine Portiere (zwischen Sprech- und Wartezimmer, weil verhütet werden muß, daß die Gespräche im Vorzimmer gehört werden). LG. I Berlin, KGBl. 01 84.

§ 814. Ist nicht der Schuldner, sondern ein Dritter Eigenthümer der gepfändeten Sache, so erwirbt der Ersteher dann kein Eigenthum, wenn er zur Zeit des Zuschlags wußte oder wissen mußte, daß dem Gläubiger ein Pfandrecht an der Sache nicht zustand. Ist der Ersteher gutgläubig, so liegt der Thatbestand des § 816 BGB. vor, der Gläubiger ist sonach zur Herausgabe des Versteigerungserlöses verpflichtet. Für den bösen Glauben trifft ihn die Beweislast. Im Falle der Schlechtgläubigkeit hat der Eigenthümer den Eigenthumsanspruch gegen den Erwerber. Ein Deliktsanspruch gegen den Gläubiger ist nur dann begründet, wenn er bösgläubig die Zwangsvollstreckung in eine fremdem Rechte unterworfene Sache betreibt. Außerdem kann er aus § 687 BGB. haften. Neumann, DJZ. 01 17ff.

§ 815. Die Ansicht von Gaupp-Stein, Petersen-Anger u. A., daß mit der Wegnahme des Geldes nicht bloß die Gefahr, sondern immer schon das Eigenthum auf den Gläubiger übergehe, geht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus. Das Wort Zahlung bedeutet Erfüllung von Geldschulden, steht also in genauer Beziehung zur Lösung eines Schuldverhältnisses und hat als juristischer Begriff nichts mit dem Eigenthumserwerbe zu schaffen. Die Bestimmung des § 815 Abs. 3 hat ihre volle Bedeutung schon dann, wenn man darunter versteht, daß der Schuldner mit der Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher liberirt ist, ohne Rücksicht darauf, ob und wann das Eigenthum von Geld auf den Gläubiger übergeht.

In dem Falle, daß der Gläubiger oder der von ihm beauftragte Gerichtsvollzieher weiß, daß ein Dritter Eigenthumsrechte an dem gepfändeten Gelde hat, kommt in Betracht, ob nicht der Gläubiger an dem abgelieferten fremden Gelde

durch Vermischung mit eigenem Eigenthum erwirbt. Aber der Schuldner hat hier nicht erfüllt, weil seiner Leistung an den Verkäufer wieder ein Ersatzanspruch des dritten Berechtigten gegen letzteren entgegensteht. Schöninger, WürttJ. **12** 268 ff. (vgl. u. Ziff. 3 zu § 894).

§ 816. 1. Die einwöchige Frist muß auch bei einer Anschlußpfändung eingehalten werden. Die auf Grund der ersten Pfändung anberaumte Versteigerung darf daher eventuell nicht fortgesetzt werden. OLG. **2** 77 (KG).

2. Dem Gläubiger ist es gestattet, die Zwangsvollstreckung nur bezüglich eines Theiles der gepfändeten Sachen weiter zu betreiben. Einwand der Chicane? OLG. **4** 144 (KG.).

§ 818. Der Gerichtsvollzieher darf nicht neben dem exequirenden Gläubiger einen zur vorzugsweisen Befriedigung Berechtigten ohne Zustimmung des Schuldners durch Ausdehnung der Versteigerung von sich aus befriedigen. **RG.** JW. **02** 272.

§ 819. 1. Der § 819 geht über den Rahmen der Zwangsvollstreckung nicht hinaus; er enthält eine Fiktion für prozessuale Zwecke (Sicherung vor Anschlußpfändungen, Uebergang der Gefahr), entscheidet aber die materielle Frage, ob eine rechtswirksame, unanfechtbare Zahlung vorliege, nicht und noch weniger jene, ob der Pfändungsgläubiger den Erlös behalten darf; hierüber kann die Entscheidung nur dem materiellen Rechte entnommen werden. OLG. **2** 352 (Bamberg).

2. Die Wegnahme des Geldes oder die Empfangnahme des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners nur dann, wenn er Eigenthümer des Geldes oder des versteigerten Gegenstandes war. LG. Beuthen, R. **00** 420.

§ 821. Sparkassenbücher gehören nicht hierher. LG. Chemnitz, SächsA. **10** 181. Ueber die Pfändung von Sparkassenbüchern vgl. OLG. Dresden, Sächs. A. **12** 228.

§ 826. Hat der pfändende Gerichtsvollzieher von einer vorangegangenen Pfändung keine Kenntniß, so gilt seine Pfändung als Anschlußpfändung. **RG.** JW. **00** 650.

§ 827. Weder die Empfangnahme der in der Zwangsvollstreckung erlösten Summen für mehrere konkurrirende Gläubiger seitens des Gerichtsvollziehers noch die demnächstige Hinterlegung gemäß § 827 gilt als Zahlung an die betheiligten Gläubiger.

Die Befriedigung tritt vielmehr erst mit der Ausführung des Vertheilungsplans ein. OLG. **2** 434 (Celle).

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 828. 1. Während ungetheilter Erbschaft ist für Zwangsvollstreckung in eine Nachlaßforderung das Amtsgericht am letzten Wohnsitze des Erblassers Vollstreckungsgericht. Francke, Seuff. Bl. **00** 265 ff.

2. Eine Bestimmung des zuständigen Vollstreckungsgerichts für die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, durch den Beschluß eines Gerichts höherer Instanz ist der CPO. unbekannt.

Ein nach § 828 Abs. 2 zuständiges Vollstreckungsgericht ist auch zuständig für die Vollstreckung in solche Forderungen, die sich nicht im Bezirke des Gerichts befinden. RG. JW. **02** 363.

3. Das Verlangen des Drittschuldners, die von dem Gläubiger ausgebrachte Pfändung als unzulässig und unwirksam aufzuheben, weil der gepfändete

Anspruch nicht oder wenigstens nicht so bestehe, wie er von dem Gläubiger geltend gemacht werde, ist, weil über die Rechtsbeziehungen zwischen Drittschuldner und Gläubiger hinaus auf die zwischen letzterem und Schuldner bestehenden sich erstreckend, zu weitgehend, demnach ungerechtfertigt. Jedoch liegt es nahe, darin den, die Erfordernisse des § 256 vorausgesetzt, berechtigten Antrag zu finden, festzustellen, daß der Gläubiger aus der Pfändung und Ueberweisung einen Anspruch gegen den Drittschuldner nicht herleiten könne. Hier greift § 139 Platz. **RG. JW. 01** 187.

§ 829. I. 1. Dem Kläger, der eine rechtskräftige Verurtheilung erzielt und die Pfändung einer Forderung des Beklagten erwirkt hat, kann von dem Drittschuldner nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Kläger in Wirklichkeit von dem Beklagten nichts zu fordern habe. Man kann deshalb aber nicht sagen, daß das Urtheil gegenüber dem Drittschuldner Rechtskraft schaffe. Denn das publizistische Vollstreckungsrecht, welches der Gläubiger unter den vom Gesetze bestimmten Voraussetzungen gewinnt, entsteht zwar um der vorausgesetzten Forderung willen, ist aber von der Existenz der Forderung nicht bedingt. Hellwig, Rechtskraft 89.

2. Eine Nachweisung derjenigen Behörden, welchen bei Pfändung von Dienstbezügen der im § 850 Abs. 1 Nr. 8 genannten Personen der Pfändungsbeschluß zuzustellen ist, enthält Meyer, Recht der Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltsforderungen Anhang III 102 ff.

II. 1. Die Vorschrift in Abs. 2, wonach der Gerichtsvollzieher den Beschluß mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde dem Schuldner sofort zuzustellen hat, ist lediglich Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung die Rechtswirksamkeit der durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner vollzogenen Pfändung nicht berührt. LG. Flensburg, SchleswigHolst. Anz. **01** 202.

2. Die Rechtsstellung des Drittschuldners darf durch die Ueberweisung keine Verschlechterung erfahren. OLG. **3** 157 (Hamburg).

3. Ist der auf eine Eigenthümerhypothek in der Zwangsversteigerung zur Hebung gelangte Betrag hinterlegt worden, so wird das Geld durch die Hinterlegung Eigenthum des Staates. Von diesem Zeitpunkt an ist also in Höhe des hinterlegten Betrags an die Stelle des Grundstücks und an die Stelle der baaren Kaufgelder für das Grundstück die Forderung an den Staat getreten, so daß nunmehr für die auf die Eigenthümerhypothek gekommene Hebung ein Drittschuldner vorhanden ist und nicht § 857 Abs. 2, sondern § 829 Abs. 3 Anwendung findet, also die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Hinterlegungsstelle über den Vorrang des Pfändungspfandrechts entscheidet. OLG. **4** 379 (Posen).

§ 830. 1. Zur ordnungsgemäßen Pfändung einer Buchhypothek ist die Zustellung des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses nicht genügend, es muß die auf Grund des Beschlusses erfolgende Eintragung hinzukommen. Wird vor dem Eintrage die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner bewirkt, so gilt nur diesem gegenüber die Pfändung mit der Zustellung als bewirkt. Durch die Eintragung erst erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an der Hypothek. Bis dahin besitzt er nur einen Titel zum Erwerbe. CBlFrG. **2** 276 (KG.); SächsOLG. **23** 84; OLG. Posen, PosMschr. **02** 75.

2. Ueber Pfändung von Eigenthümergrundschulden s. u. Ziff. 6 zu § 857.

§ 835. 1. Die zur Einziehung überwiesene Forderung bleibt im Vermögen des Schuldners. BayrObLG. **1** 261; OLG. **3** 392 (KG.).

2. Die Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den Pfändungsgläubiger ist Voraussetzung für die Erhebung der Leistungsklage gegen den Drittschuldner; dieser ist zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Pfändungs- und Ueber-

weisungsbeschlusses nicht befugt. Es genügt, daß die Ueberweisung vor dem Erlasse des Urtheils, wenn auch nach Erhebung der Klage erfolgt ist. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 197.

3. Ebenso Drews, KGBl. **02** 58.

§ 836. 1. Kann der gepfändete Gläubiger-Schuldner gegen den Drittschuldner auf Zahlung an den Pfändungsgläubiger klagen?

a) OLG. 3 157 (Hamb.) hatte die Frage verneint. Der Drittschuldner braucht sich nicht gefallen zu lassen, von einem Anderen als dem Pfändungsgläubiger, dem die Forderung überwiesen ist, auf Zahlung in Anspruch genommen zu werden. Seine Rechtsstellung dürfe durch die Ueberweisung keine Verschlechterung erfahren.

b) **RG. 49** 201 hob auf: Trotz der Pfändung bleibt der gepfändete Gläubiger doch immer Gläubiger des Drittschuldners; auf Zahlung an ihn selbst kann er freilich, solange das Pfandrecht seines Gläubigers besteht, nicht klagen; aber warum er nicht auf Zahlung an den letzteren sollte klagen können, ist nicht abzusehen; denn es ist nicht zu verstehen, inwiefern die Rechtsstellung des Drittschuldners sollte dadurch verschlechtert werden können, daß nicht bloß der Pfändungspfandgläubiger, sondern auch der Schuldner des letzteren, der sein eigentlicher Gläubiger ist, ihn auf Zahlung an jenen verklagen kann.

2. Das Recht auf Rechnungslegung geht durch die Ueberweisung nicht über. OLG. Königsberg, PosMschr. **00** 89.

3. Der Drittschuldner ist nicht berechtigt, die Rechtmäßigkeit des Pfändungsbeschlusses und der Ueberweisung zu bemängeln. OLG. Karlsruhe, Bad. Rpr. **01** 198.

4. Hierzu **RG.** JW. **01** 187: Der Drittschuldner kann nicht mit der Begründung, daß der vom Pfändungsgläubiger gepfändete Anspruch nicht bestehe oder wenigstens nicht so, wie er von dem Beklagten geltend gemacht werde, auf Erklärung der Unzulässigkeit oder Unwirksamkeit der ausgebrachten Pfändungen klagen; denn mit diesem Antrage beschränkt sich der Kläger nicht darauf, die eigenen Rechtsbeziehungen gerichtlicher Feststellung zu unterwerfen, sondern begehrt auch einen Ausspruch über das Verhältniß zwischen dem Pfändungsgläubiger und Schuldner, gegen den der erstere durch die formell gültige Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Anspruch erlangt hat (s. o. Ziff. 3 zu § 828).

5. Der Abs. 2 bezweckt lediglich den Schutz des Drittschuldners, welcher regelmäßig nicht in der Lage sein wird, die Rechtsbeständigkeit des Ueberweisungsbeschlusses zu prüfen. Für den Fall aber, daß der Drittschuldner die Zahlung verweigert, weil der Gläubiger seinen nur noch formell bestehenden Titel mißbraucht, und der Schuldner als Nebenintervenient beigetreten ist mit gleicher Vertheidigung, ist das Verfahren des Drittschuldners für berechtigt erachtet worden. OLG. Hamburg, DJZ. **01** 192.

6. Ueber die Beweispflicht des die gepfändete Forderung einklagenden Gläubigers bezüglich der Existenz der Forderung sagt das OLG. **4** 144 (Darmstadt): Der Kläger ist nicht verbunden, neben dem Entstehen auch das Bestehen des Rechtes als des Anspruchs darzuthun. In Verbindung mit der Pfändung bringt der Thatbestand der Entstehung des Anspruchs regelmäßig das Pfändungspfandrecht zur Existenz.

§ 837. 1. Zur Löschung einer gepfändeten und zur Einziehung überwiesenen Briefhypothek ist die Zustimmung des Vollstreckungsschuldners nicht erforderlich. Das durch das Pfändungspfandrecht in Verbindung mit der Ueberweisung zur Einziehung begründete Einziehungsrecht kann kein anderes sein, wie das Einziehungsrecht beim Vertragspfande. OLG. **3** 392 (KG.).

2. Die Ueberweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung zur Einziehung ermächtigt den Pfandgläubiger in Höhe seiner Forderung zur Empfangnahme des Hypothekenkapitals nebst Zinsen und zur Ausstellung der löschungsfähigen Quittung ohne Mitwirkung des Vollstreckungsschuldners. KGJ. 23 A 147.

§ 840. Giebt der Drittschuldner die Erklärung nicht ab und veranlaßt er dadurch den Gläubiger zu einer sachlich unbegründeten Klage, so sind ihm die Kosten trotz § 91 aufzuerlegen. Der § 91 wird durch § 840 modifizirt, der Gläubiger ist nicht gezwungen, nur auf Erstattung seines Schadens zu klagen. **Keidel**, R. 02 122.

Dagegen Käb ebenda 204: Der § 91 enthält eine prozeßrechtliche, also öffentlich-rechtliche Bestimmung und kann daher nicht in seiner Anwendbarkeit durch eine offensichtlich auf dem Privatrechtsgebiete liegende Vorschrift, wie sie § 840 Abs. 2 Satz 2 darstellt, beschränkt werden. Die §§ 99 ff. enthalten keine Vorschrift zu Gunsten des unterliegenden Klägers, wie der § 93 eine solche zu Gunsten des unterliegenden Beklagten enthält.

§ 844. 1. Praktische Anwendungsfälle. **Flechtheim**, Buschs Z. 28 269. Praktisch ohne Bedeutung ist § 844 für die Verwerthung gepfändeter Forderungen aus unerfülltem gegenseitigen Vertrage (269 ff.). Die ökonomisch geeignete Verwerthungsform ist hier die Ueberweisung zur Einziehung, jedoch bedarf alsdann der Gläubiger, der seinerseits die dem Drittschuldner zukommende Gegenleistung zu bewirken hat, eines Vorzugsrechts für die ihm hieraus erwachsende Ersatzforderung (276 ff.).

2. Der § 844 bezieht sich nur auf die gepfändete Forderung. Ist von einer Forderung nur ein Theilbetrag gepfändet, so kann bloß er und nicht auch die Restforderung überwiesen oder in anderer Art verwerthet werden.

Das Vollstreckungsgericht kann nach § 844 zweifellos die Versteigerung der gepfändeten Forderung anordnen. OLG. 5 330 (KG.).

3. In einem Falle, in dem auf Antrag des Gläubigers ein Anspruch auf Herausgabe der Materialien des vom Schuldner auf fremdem Grunde und Boden errichteten Restaurationsgebäudes gepfändet und dessen Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher angeordnet war, der Gerichtsvollzieher aber den Antrag des Gläubigers, die Materialien zu pfänden und zu versteigern, abgelehnt hatte, entschied OLG. 2 354 (KG.):

Der von dem Gläubiger eingeschlagene Weg ist zur Zeit nicht durchführbar. Denn es steht zur Zeit noch das fertige Haus; Materialien, die der Gerichtsvollzieher abholen könnte, sind als solche noch nicht vorhanden, und es ist nicht Sache des Gerichtvollziehers, um die spätere Vollstreckung im Sinne des Pfändungsbeschlusses zu ermöglichen, das Haus selbst oder durch einen Unternehmer abbrechen zu lassen und das damit verbundene Risiko zu tragen. Wenn es auch im Allgemeinen nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts sein kann, im Voraus die thatsächliche Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Vollstreckungshandlung zu berücksichtigen, so kann doch hiervon im vorliegenden Falle nicht abgesehen werden, wo der Gerichtsvollzieher die Unmöglichkeit als Weigerungsgrund für die weitere Durchführung des Vollstreckungsauftrags geltend gemacht hat, und die Unmöglichkeit sogar feststeht. Zur Ausführung von Vollstreckungshandlungen, deren Unmöglichkeit klar auf der Hand liegt, kann der Gerichtsvollzieher auch vom Vollstreckungsgericht nicht angehalten werden.

§ 845. 1. Ueber die Wirkungen der Pfändungsankündigung sagt OLG. 3 445 (KG.): Die Wirkung der Pfändungsankündigung ist die Begründung eines Pfandrechts an der Forderung, sonst würde dem § 845 jede praktische Bedeutung fehlen. Freilich hat das durch die Ankündigung erzeugte Pfandrecht insofern nur vorläufigen Charakter, als es durch die fristgemäße Nachholung der

Pfändung bedingt ist. Das Unterbleiben der Pfändung hat auflösende Wirkung. Ihre rechtzeitige Vornahme macht den resolutiv bedingten Erwerb des Arrestpfandrechts zum unbedingten. Sie ist Bedingung für das Bestehenbleiben, nicht für die Erzeugung des Pfandrechts.

2. Aus dieser Natur der Ankündigung folgert das KG. (OLG. 3 445, 2 358), daß bereits die Pfändungsbenachrichtigung eine „Vollziehung des Arrestes" im Sinne des § 930 ist.

3. Für die Vorpfändung hat der Anwalt eine besondere Gebühr nicht zu beanspruchen. OLG. 4 272 (Karlsr.); OLG. Breslau, R. 02 511.

§ 847. Die an sich mit dem Pfändungsbeschlusse zu verbindende Anordnung nach § 847 verpflichtet, ebenso wie der erstere selbst, den Drittschuldner nur unter der Voraussetzung, daß der zu pfändende Anspruch zu Recht besteht; über das Vorliegen der Voraussetzung ergeht in dem Beschlusse keine Entscheidung. Bestreitet der Drittschuldner den Anspruch, so ist es Sache des Pfändungsgläubigers, die gerichtliche Feststellung des Anspruchs herbeizuführen. Der Pfändungsbeschluß und die Anordnung berühren somit die Rechte Dritter nicht in anderer und weitgehenderer Weise, als sie durch eine freiwillige Uebertragung des Anspruchs durch den Hauptschuldner berührt werden würden. RG. JW. 02 530.

§ 848. 1. Pfändung eines von einer Gegenleistung abhängigen Anspruchs auf Auflassung. Für die Ersatzforderung wegen Bezahlung des Kaufpreises (oder der Anzahlung) erwirbt der Gläubiger mit der Auflassung eine Sicherungshypothek. Flechtheim, Buschs 3. 28 288 ff.

2. Die Sicherungshypothek entsteht auch, wenn die Pfändung auf Grund eines Vollstreckungsbefehls erfolgt ist. Vgl. u. Ziff. V 2 zu § 866. OLG. 1 206 (KG.).

§ 850. I. Im Allgemeinen.

1. Die wegen Unpfändbarkeit des gepfändeten Gegenstandes unwirksame Pfändung wird gültig, wenn später der Grund der Unpfändbarkeit wegfällt. OLG. Darmstadt, HessRspr. 1 121.

2. Eine unpfändbare Forderung wird nicht dadurch pfändbar, daß sie mit einer anderen gleichzeitig der Pfändung unterstellt wird. LG. Dresden, Naumb. AK. 01 88.

3. Auch gegenüber unpfändbaren Forderungen ist das Zurückbehaltungsrecht gewährt. OLG. 5 456 (Köln).

4. Ueber das Verhältniß von § 850 Nr. 1, 2 zu § 1579 BGB. s. OLG. 5 124 (Dresden).

II. Nr. 1. (Zum Gesetze betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns vom 21. Juni 1869).

1. **§ 1.** a) Das LohnBG. findet nur Anwendung, solange eine Forderung von Lohn oder Gehalt besteht, letzterer also noch nicht fällig und zur Auszahlung gelangt ist; eine der Leistung der Arbeiten vorangegangene Vergütung unterliegt daher nicht den Pfändungsbeschränkungen des Gesetzes. Meyer, Das Recht der Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltsforderungen 29. Für die Frage der Pfändbarkeit rückständigen Gehalts ist die Stellungnahme des Arbeitenden gegenüber der Nichtzahlung entscheidend (32 und 61).

Die Dienstberechtigten können Private, Kaufleute, Fabrikanten, Gewerbetreibende jeder Art, juristische Personen, Korporationen des öffentlichen Rechtes, Gemeinden und der Staat sein (23).

Die „Arbeiten und Dienste" sind ihrer Art nach unbeschränkt (22).

Eine Ausdehnung des Begriffs Arbeit auf Nebenbeschäftigung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die aus solcher fließenden Nebeneinnahmen sind der

Pfändung schlechthin unterworfen, auch wenn sie berufsmäßige und dauernde sind (28).

Ein Arbeits- oder Dienstverhältniß ist ein bestimmtes, d. h. zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitenden bestehendes Verhältniß, welches Stetigkeit in den Beziehungen und Abhängigkeit des Arbeitenden vom Arbeitgeber voraussetzt, dessen Entstehungsart und Zeitdauer aber gleichgültig ist (24 ff.).

Erwerbsthätigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Erwerbsfähigkeit (28).

b) Unzulässig ist die Pfändung der Heuerforderung. Seuff. A. 57 92 (Hamburg)

c) Das monatliche Einkommen eines Sommerkellners während der Sommermonate läßt keinen Rückschluß auf das Jahreseinkommen zu. OLG. 4 154 (Posen).

d) Daß die Einforderung am Fälligkeitstage geschehen war, hat der Dienstpflichtige zu beweisen. OLG. 5 455 (KG.).

2. **§ 2.** Abs. 1 verbietet jeden Vertrag über die Zulässigkeit einer gänzlichen oder theilweisen Lohnbeschlagnahme selbst; Abs. 2 wendet sich gegen alle Verfügungen des Arbeitenden, welche in irgend einer Form die Lohnforderung auf einen Dritten übertragen (Meyer 34).

Die den verbotenen Rechtsgeschäften angedrohte rechtliche Unwirksamkeit ist nach § 134 BGB. Nichtigkeit (35).

Zulässig sind alle Rechtsgeschäfte des Arbeitenden über die Lohnforderung:

a) wenn der im § 1 festgesetzte Zeitpunkt verstrichen und der Lohn nicht eingefordert ist;

b) insoweit der Gesammtbetrag der Vergütung 1500 Mark für das Jahr übersteigt;

c) ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt (a) und auf die Höhe des Gehalts (b) bei Uebertragung auf Verwandte, Ehegatten, früheren Ehegatten und uneheliche Kinder wegen der im § 4 Nr. 3 und § 4 genannten Unterhaltsbeiträge;

d) wenn über die Forderung selbst nicht verfügt wird, z. B. beim Auftrage zur Einkassirung;

e) wenn ein Arbeitsverhältniß im Sinne des § 1 überhaupt nicht vorliegt (35).

3. **§ 3.** Vergütung kann vereinbart oder nicht vereinbart, Geld- oder Naturalleistung sein (Meyer 48 ff.). Vergütung im Sinne dieses Gesetzes ist nicht Lohnentschädigung oder Pension (42 ff.).

4. **§ 4.** a) Im Sinne der Fortdauer des geltenden Rechtes sind die einleitenden Worte „das Gesetz findet keine Anwendung" zu verstehen (Meyer 53).

Das Gesetz findet außer in den daselbst angeführten Fällen keine Anwendung:

α) nach dem im § 1 festgesetzten Zeitpunkte, wofern der Lohn nicht eingefordert ist;

β) wenn ein Arbeitsverhältniß überhaupt nicht vorliegt (33).

Zu Nr. 1. Die Pfändbarkeit der Bezüge bildet gleichzeitig auch den Maßstab für die Verfügungsfähigkeit über die Bezüge (Meyer 62). Unter den sonstigen Bezügen des Abs. 2 § 850 sind nur die unter Nr. 7 und 8 des Abs. 1 genannten, nicht Einkünfte aus Privatvermögen zu verstehen (59 f.).

Zu Nr. 2. Bezüglich der Frage, ob und inwieweit wegen Beitreibung von Steuern und Abgaben Gehalt und Lohn, Dienstbezüge u. s. w. gepfändet werden kann, entscheidet das Landesgesetz; bezüglich der Militärpersonen allein kann das Privilegium des § 850 nicht angetastet werden (64 f.).

Zu Nr. 3. Die Verwandten u. s. w. genießen wegen Unterhaltsforderungen das Pfändungsvorrecht nur in eigener Person (70). Sie nehmen Gehalt, Lohn und Dienstbezüge ohne Rücksicht auf deren Höhe und Fälligkeit in Anspruch

(71). Der gesetzliche Unterhaltsanspruch steht dem außergerichtlich oder gerichtlich **anerkannten** hinsichtlich des Vollstreckungsvorrechts gleich (73).

Auch wegen längst rückständiger Unterhaltsbeiträge ist das Vollstreckungsvorrecht gegeben, wofern sie nur aus der Zeit nach Erhebung der Klage oder aus dem vorhergehenden Vierteljahre herrühren (73 f.).

Verweisung auf sonstige Vermögensbestandtheile wegen Pfändung des ganzen Dienstlohns ist unzulässig (75).

b) Der Armenverband, der eine Ehefrau unterstützt, kann den Arbeitslohn ihres Mannes pfänden. Gemäß § 62 Unterstützungs-Wohnsitzges. tritt der Armenverband kraft gesetzlicher Zession in die Rechte des Unterstützten gegen den Dritten und demgemäß stehen dem Armenverbande dieselben Vorrechte bei der Zwangsversteigerung zu wie dem Unterstützten, wenn dieser selbst seinen Vorbehaltsanspruch geltend gemacht hatte. OLG. 5 454 (Posen).

c) Zu Nr. 4. Diese Bestimmung findet auf alle Klassen von Arbeitenden und Bediensteten außer auf die im § 850 Genannten Anwendung, und setzt ein Arbeits- oder Dienstverhältniß, dagegen nicht wie die frühere Nr. 4 Anstellung auf ein Jahr oder Kündigungsfrist von 3 Monaten voraus. Geschützt wird die 1500 Mark für das Jahr übersteigende Vergütung gegen Beschlagnahme vor Leistung der Arbeit bzw. Fälligkeit des Dienstlohnes nicht (77 f.).

d) Meyer erörtert in DJZ. 02 449:

I. Inwieweit mehrere, aus verschiedenen Einnahmequellen fließende, sich in einer Hand vereinigende Bezüge als Geldforderungen pfändbar sind.

Diese Frage beantwortet sich dahin:

1. Von mehreren Bezügen aus verschiedenen privaten Dienstverhältnissen, welche sich in einer Hand vereinigen, ist der aus der Nebenbeschäftigung herrührende stets, der aus der Hauptbeschäftigung resultirende aber nur dann unbeschränkt pfändbar, wenn er 1500 Mark für das Jahr übersteigt.

2. Mehrere, aus verschiedenen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen zustehende Bezüge werden zum Zwecke der Pfändung zusammengerechnet; übersteigen sie insgesammt 1500 Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil ihres Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

3. Mehrere, theils dem Lohnbeschlagnahmegesetze, theils der CPO. unterstehende Bezüge sind nur insoweit pfändbar, als jeder einzelne für sich der Beschlagnahme unterliegt.

II. Die Tantieme der Angestellten ist stets als „Vergütung" im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes anzusehen.

e) Die Lohnbeschlagnahme ist bei ungleichmäßigem, 1500 Mark für das Jahr übersteigendem Verdienst auch für einen kürzeren Zeitraum als ein Jahr in der Weise zulässig, daß für diesen der vertragsmäßige Antheil an der Jahresvergütung zu Grunde gelegt wird. Meyer, KGBl. 02 93 ff. (im Anschluß an einen Beschluß des Kammergerichts vom 21. Mai 1902): Weder Gesetz noch berechtigtes Interesse des Schuldners stehen der Zulassung einer Beschlagnahme schwankender Einkünfte für kürzere Zeit als ein Jahr entgegen.

f) Der Nachweis dafür, daß das jährliche Einkommen 1500 Mark erreicht, liegt dem Gläubiger ob. OLG. 4 154 (Posen).

g) Der Prinzipal kann gegen eine 1500 Mark jährlich nicht übersteigende Gehaltsforderung des entlassenen Handlungsgehülfen mit Gegenforderungen aufrechnen, sofern die Einforderung erst nach dem Tage der Fälligkeit erfolgt ist. OLG. 5 455 (KG.).

h) (§ 1427 BGB.). Der Arbeitsverdienst der Frau ist in die der Zwangsvollstreckung unterworfenen Einkünfte ihres Mannes einzurechnen. OLG. 3 155 (Kiel).

5. **§ 4a.** Die Gehaltspfändung zu Gunsten des unehelichen Kindes ist bezüglich der Voraussetzungen nicht an die Beschränkungen des § 1 geknüpft; sie erleidet nur hinsichtlich ihres Umfanges eine Einengung durch die Rücksicht auf den eigenen Unterhalt des Verpflichteten und die Unterhaltsbedürfnisse der Verwandten (Meyer 81).

Der Paragraph läßt bei Regelung des Rangverhältnisses der Unterhaltsansprüche von Verwandten einerseits und unehelichen Kindern andererseits den ersteren grundsätzlich den Vorrang und billigt ihnen den letzteren nur ausnahmsweise zu.

Er regelt das Verhältniß dahin:

1. Unterhaltsforderungen der Verwandten (gleichviel, ob eingeklagt oder nicht) gehen den Pfändungsansprüchen der unehelichen Kinder für den gleichen Zeitraum vor.

2. Aeltere Unterhaltsforderungen der Verwandten treten vor jüngeren, durch Pfändung gesicherten Ansprüchen der unehelichen Kinder zurück; sie haben

3. nur dann ausnahmsweise den Vorrang vor den letzteren, wenn sie vor der Klage des unehelichen Kindes klagend geltend gemacht sind (Meyer 85 f.).

III. Nr. 2. Altentheilsforderungen unterscheiden sich von Alimentationsansprüchen dadurch, daß für ihre Gültigkeit die Bedürftigkeit des Berechtigten nicht in Frage kommt und daß die Höhe der Leistungen beim Altentheile völlig dem Belieben der Parteien überlassen ist, während der Inhalt der Alimentationsverpflichtung durch bestimmte Umstände, wie nothwendiges Bedürfniß, Stand des Berechtigten u. s. w., beeinflußt wird. Freilich kann der Altentheil auch zwecks Erfüllung einer gesetzlichen Alimentationspflicht gewährt werden; dann behält dieser Altentheil den Charakter des gesetzlichen Alimentationsanspruchs und ist daher auch gemäß § 850² unpfändbar. Im Uebrigen sind dagegen Altentheilsleistungen pfändbar. OLG. **2** 355 (Celle).

IV. Nr. 3. 1. Eine testamentarische Zuwendung kann auch da, wo ein Intestatrecht vorliegt, nicht anders als eine Freigebigkeit im weiteren Sinne aufgefaßt werden. Das folgt daraus, daß das gesetzliche Erbrecht als solches zwar die Möglichkeit der Berufung zur Erbschaft giebt, keineswegs aber die wirkliche Berufung verbürgt. OLG. **1** 250 (Kiel).

2. Fortlaufende Einkünfte, die ein Anwärter, Nacherbe (Vermächtnißnehmer) als Frucht der Erbschaft oder des Vermächtnißgegenstandes bezieht, sind bei vorhandener Bedürftigkeit der Pfändung so lange nicht unterworfen, als dem Bezugsberechtigten die Verfügung über den Stamm letztwillig untersagt ist. Sächs. OLG. **23** 372.

V. Nr. 4. Die Bestimmung in Nr. 4, daß Hebungen aus Krankenkassen der Pfändung nicht unterworfen sind, war schon im § 749 Nr. 4 a. F. enthalten, ist also älteres Reichsrecht als der § 56 Kgl. VO. v. 15. 3. 1883 (10. 2. 1892). Die letztere gesetzliche Vorschrift ändert deshalb nach allgemeiner Maßregel als das jüngere Recht das widersprechende ältere des § 749 Nr. 4 unbedingt. OLG. **1** 155 (Posen).

VI. Nr. 5. Die den Unteroffizieren bei ihrem Ausscheiden zu gewährende Dienstprämie fällt nicht unter den Begriff „Sold" im § 850 Ziff. 5.

Diese Dienstprämien sind zwar nach Art. 18 Abs. 2 des Ges. vom 22. Mai 1893 (Reichsgesetzbl. 1893, 181/82) pfändbar für Forderungen der Ehefrauen und ehelichen Kinder des Schuldners, also für die im § 850 Abs. 4 Satz 1 genannten Forderungen, nicht aber für die Alimentenansprüche unehelicher Kinder nach § 850 Abs. 4 Satz 2.

Durch § 1 Abs. 2 des RG. vom 17. Mai 1898 ist zwar an Stelle des im Art. 18 Abs. 2 Ges. vom 22. Mai 1893 in Bezug genommenen § 749 Abs. 4

alter CPO. der § 850 Abs. 4 Satz 1 neuer CPO. anzuwenden; nicht aber auch der Satz 2; da Art. 18 Abs. 2 des Ges. vom 22. Mai 1893 ausdrücklich nur von Forderungen der Ehefrauen und ehelichen Kinder (gemäß § 749 Abs. 4) spricht. von Aken, R. **02** 117.

Anders OLG. **4** 154 (Karlsruhe): Die Dienstprämienansprüche eines Unteroffiziers sind auch zu Gunsten der Unterhaltsbeiträge für die unehelichen Kinder pfändbar. Der Abs. 4 des § 749 a. F. ist in mehrfacher Beziehung durch die Novelle vom 27. Mai 1898 geändert worden, und es muß als die Absicht des Reichsgesetzes vom 19. Mai 1898 entsprechend angesehen werden, daß der ganze Abs. 4 in seiner jetzigen Fassung an Stelle des im Reichsgesetze vom 22. Mai 1893 zitirten früheren Abs. 4 zu treten hat.

VII. Nr. 8. 1. Der Gläubiger eines Universitätsprofessors, der das Gehalt desselben pfändet, pfändet hiermit nicht zugleich die Kollegiengelder. Denn zu dem Gehalte gehört nicht das Recht auf Bezug von Kollegiengeldern. Kaestner, DJZ. **01** 556.

2. Die Gebühren des Gerichtsvollziehers sind keine Diensteinkommen im Sinne des § 850 Nr. 8 und der Pfändung nicht entzogen. OLG. Colmar, DJZ. **02** 252.

VIII. Abs. 2. 1. Unter den sonstigen Bezügen sind nur die außer Diensteinkommen und Pension unter Nr. 7 und 8 genannten zu verstehen, nicht Einkünfte aus Privatvermögen. Meyer a. a. O. (vgl. § 850) 59 f.

2. Die „sonstigen Bezüge" eines Beamten sind nur solche, die aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse hervorgehen. LG. Posen, PosMschr. **01** 92.

IX. Abs. 3. Vor 1900 wegen einer Körperverletzung zuerkannte Geldrenten sind durch § 850 Abs. 3 der Pfändung in vollem Umfange nicht entzogen. Anderenfalls hätte das Gesetz nicht ausdrücklich auf § 843 BGB. verwiesen, sondern allgemein ausgesprochen, daß die wegen einer Körperverletzung zu entrichtenden Geldrenten nur der beschränkten Pfändung unterworfen sein sollen. OLG. **3** 155 (Stettin).

X. Abs. 4. 1. Die Vorschrift bezieht sich nicht mehr, wie § 749 Abs. 4 a. F., auf eine Bestimmung des Lohnbeschlagnahme-Gesetzes. Bezüglich aller unter Abs. 1 Nr. 7 und 8 nicht begriffener Personen trifft dieselbe materiellrechtliche Bestimmung § 4 Nr. 3 und § 4a des Lohnbeschlagnahme-Gesetzes. Meyer a. a. O. 68.

Die Zeitbestimmung „für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr" bezieht sich auch auf längst rückständige Unterhaltsbeiträge, wofern sie nur aus der Zeit nach Erhebung der Klage herrühren. Für eine weiter zurückliegende Zeit zu pfändende Bezüge unterliegen stets den Einschränkungen des Abs. 2. Meyer 73 f.

2. Es ist zulässig, in gleicher Weise wie den Unterhaltsanspruch selbst auch die durch die Pfändung für den Anspruch entstehenden Kosten zur Zwangsvollstreckung zu bringen. OLG. Frankfurt, R. **02** 268.

§ 851. 1. Die Forderung aus einem nicht erfüllten gegenseitigen Vertrag ist übertragbar und deshalb pfändbar. Wirthschaftlich ist hierbei Gegenstand der Zwangsvollstreckung die Werthdifferenz der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen, rechtlich liegt dagegen die Pfändung einer von einer Gegenleistung abhängigen Forderung vor. Flechtheim, Buschs Z. **28** 265 ff.

Der Gläubiger kann daher vom Drittschuldner Erfüllung nur dann verlangen, wenn er seinerseits jenen befriedigt. Hierzu ist er regelmäßig in der Lage, wenn die Forderung des Drittschuldners auf eine Gegenleistung gerichtet ist, nur ausnahmsweise dagegen bei Idealleistungen. Flechtheim 290 ff.

2. Der Zweck jeder Zwangsvollstreckung erschöpft sich darin Befriedigung der zur Vollstreckung stehenden Forderung des Gläubigers herbeizuführen. Zwangsvollstreckungsakte, die nur zur Erreichung jenes Zweckes führen können, sind deshalb ausgeschlossen, insbesondere gilt dies für die Pfändung von Ansprüchen des Schuldners. Auch wenn diese nicht unmittelbar durch die Vorschriften der §§ 850—852 getroffen und ausgeschlossen wird, ist sie aus dem hervorgehobenen, aus dem Wesen der Zwangsvollstreckung folgenden Grunde in Verbindung mit dem im § 226 BGB. zufgestellten Verbote der Rechtsausübung bloß aus Chikane dann abzulehnen, wenn die Verwerthung des Anspruchs oder des geschuldeten Gegenstandes zur Befriedigung des Gläubigers nach der Natur der zu pfändenden Forderung nicht erfolgen kann oder darf. Dabei kommt darauf, ob die Forderung nach den Vorschriften des BGB. abgetreten werden könne, überhaupt nichts an. Es giebt Ansprüche, bei denen der Gläubiger auch seinerseits Ansprüche zu erfüllen hat, und insbesondere solche, bei denen er verbunden ist, den Gegenstand des Anspruchs in einer bestimmten Weise zu verwerthen, die dessen Verwerthung zur Befriedigung seiner Gläubiger ausschließt. Der Schuldner kann in diesem Falle die dem Gläubiger obliegende Verwendung fordern und wird, wenn dieser sie im voraus verweigert, die Erfüllung des Anspruchs in der Regel ablehnen dürfen. Zu den Forderungen dieser Art gehören die Ansprüche des Bauunternehmers aus dem Baugeldvertrag auf Gewährung der auf dem Baugrundstücke hypothekarisch sichergestellten Baugeldrenten. Die Pfändung der Ansprüche wird zulässig sein mit der Beschränkung, die Beträge zur Fortführung des Baues zu verwenden, nicht aber zu dem Zwecke, sich aus ihnen wegen seiner Ansprüche an den Bauunternehmer zu befriedigen. Damit ist aber zugleich gesagt, daß das, was der Gläubiger durch die Pfändung nachweisen will, nämlich die Befriedigung seiner Ansprüche an den Bauunternehmer, dadurch nie erreicht werden kann, und deshalb muß eine solche Pfändung wegen ihrer Zwecklosigkeit für unzulässig erklärt werden. SächsOLG. **23** 367.

3. (§ 857.) Der Anspruch auf Bestellung eines Nießbrauchs ist pfändbar, wenn auch der Nießbrauch nach BGB. § 1059, CPO. §§ 851, 857 nicht pfändbar ist. Das ergiebt sich aus der Pfändbarkeit der Ausübung des Nießbrauchs (§ 1059 BGB.), sowie schon daraus, daß das Gesetz die Unübertragbarkeit des hier fraglichen Anspruchs nicht ausspricht. OLG. **1** 18 (Bamberg).

§ 853. I. 1. Die Hinterlegungsstelle schließt mit dem Drittschuldner einen Vertrag zu Gunsten Dritter, nämlich zu Gunsten der gemäß den Pfändungsbeschlüssen betheiligten Gläubiger. Hellwig, Rechtskraft 82 ff. Dieses Recht auf Hinterlegung ist scharf von dem Rechte auf Zahlung zu sondern; es steht jedem Pfändungspfandgläubiger zu, ohne Rücksicht darauf, ob er von dem Drittschuldner Zahlung (an ihn selbst) verlangen könnte (83).

Die mehreren Mitberechtigten klagen zusammen als Streitgenossen, der Klage des einen können sich die anderen als Streitgenossen anschließen. Einer zweiten Klage steht eine Prozeßeinrede entgegen, die zur Abweisung führt (83 f.).

II. 1. a) Die Hinterlegung nach § 853 hat, ohne daß es einer Annahme bedürfte, für den Drittschuldner die Wirkung der Zahlung.

Die Hinterlegung enthält nicht eine bloße Traditionsofferte oder eine Zessionsofferte des Anspruchs auf Auszahlung.

b) Die hinterlegte Summe geht endgültig in das Vermögen des Forderungsgläubigers über. Hat der Drittschuldner mehr hinterlegt, als er schuldet, so hat er nur den obligatorischen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

c) Soweit der Drittschuldner nicht gepfändete Beträge hinterlegt, wird er nicht befreit. Ist ein Theil der Schuldsumme gepfändet, ein anderer zedirt, so handelt es sich bezüglich des nicht gepfändeten Theiles um eine Traditions- oder

Zessionsofferte. Dieser Betrag geht daher auch nicht ohne Weiteres in das Vermögen des Gläubigers über. **RG. 49** 357 ff.

2. Ist eine Forderung seitens mehrerer Gläubiger gepfändet, so hat das sich nach der Zeit der Pfändung bestimmende Rangverhältniß die Wirkung, daß das Recht des nachstehenden Gläubigers durch das des vorgehenden beschränkt ist. Wenn aber das vorgehende Recht wegfällt, gelangt das Recht des nachstehenden Gläubigers zur unbeschränkten Wirksamkeit. Jedem Gläubiger, dem die gepfändete Forderung überwiesen ist, stehen deshalb ohne Rücksicht auf das Rangverhältniß die in den §§ 853, 856 bestimmten Rechte zu. Macht der Drittschuldner von der ihm gewährten Hinterlegungsbefugniß keinen Gebrauch, so muß er das Rangverhältniß der Pfandgläubiger beachten und um dieser Verpflichtung willen ist er auch berechtigt, sich den nachstehenden Gläubigern gegenüber auf das Bestehen des vorgehenden Pfandrechts zu berufen. Die Pfandgläubiger können aber vereinbaren, daß bei der Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber dem Drittschuldner das Rangverhältniß außer Betracht bleiben soll. Erklären sie dem Drittschuldner diesen Willen, so entfällt für ihn die Verpflichtung, das Rangverhältniß zu beachten, und das Recht, sich auf das Rangverhältniß zu berufen. Ein eigenes, von den Verfügungen der betheiligten Gläubiger unabhängiges Recht, die Zahlung nur nach Maßgabe des Rangverhältnisses zu leisten, steht dem Drittschuldner nicht zu. BayrObLG., Seuff. A. **57** 42.

3. Auf die im § 853 dem Drittschuldner gestattete Hinterlegung, als auf eine das Vertheilungsverfahren vorbereitende Maßregel im Zwangsvollstreckungsverfahren, findet das im § 803 aufgestellte Verbot der Ueberpfändung entsprechende Anwendung. OLG. Colmar, R. **01** 471.

§ 856 (s. § 853). § 856 betrifft nicht den Fall, daß der erste Pfandgläubiger Verurtheilung zur Leistung *an sich selbst* verlangt, *Hellwig*, Rechtskraft 81; auch nicht den Fall des § 1281 BGB. (82). Dagegen bestehen eigenthümliche Vorschriften, wenn eine Forderung für mehrere *gepfändet* ist und ein Gläubiger nach Erlangung des Ueberweisungsbeschlusses auf Hinterlegung geklagt hat (82).

§ 856 hat keine Bedeutung, wenn der Kläger unter Verneinung seiner Aktivlegitimation abgewiesen ist, und auch dann nicht, wenn der Mangel nicht aufgedeckt ist und deshalb eine Untersuchung und Entscheidung darüber stattgefunden hat, ob der Drittschuldner unter der Voraussetzung der Aktivlegitimation des Klägers etwas schuldet (86). Der Ueberweisungsbeschluß dagegen wirkt gemäß § 836 Abs. 2, auch wenn er zu Unrecht erlassen ist, gegenüber den anderen Pfändungspfandgläubigern auch für einen Prozeß (86).

Wird der legitimirte Kläger abgewiesen, so wirkt die Rechtskraft gegen den zweiten Gläubiger als die Feststellung, daß der Drittschuldner auf Grund der Pfändungen keinem der Pfändungspfandgläubiger Hinterlegung schuldet (87).

Da die §§ 853/6 sich nur auf das Verhältniß von Pfändungspfandgläubigern beziehen, so bleiben sie außer Betracht, wenn eine gepfändete Forderung vor ihrer Einziehung oder Ueberweisung an Zahlungsstatt einem zweiten Gläubiger verpfändet wird (88).

§ 857. (§ 844.) 1. Vorkaufs-, Wiederkaufsrechte, Wandelungsansprüche und ähnliche „Kann"rechte können der Pfändung unterliegen. Die Verwerthung kann aber nicht in der Weise erfolgen, daß der Gläubiger die Rechte für den Schuldner ausübt, wenn durch die Ausübung eine Verpflichtung des Schuldners begründet wird, sowie nur dann, wenn durch die Ausübung des Rechtes ausschließlich eine Forderung des Schuldners entsteht, z. B. bei Pfändung eines Minderungsanspruchs oder einer Lebensversicherungspolize. *Flechtheim*, Buschs Z. **28** 293 ff.

2. Pfändbar sind nur Vermögensrechte. Als Vermögensrechte in diesem Sinne sind aber nur solche Rechte anzusehen, welche direkt denjenigen Werth in sich bergen, welcher der Befriedigung des Gläubigers zu dienen bestimmt ist, nicht aber auch solche Rechte, welche möglicher Weise geeignet sein können, die Herbeischaffung pfändbaren Vermögens zu vermitteln, aber nicht selbst verwerthbar sind. Das Recht eines Gasabnehmers, die Gasbenutzung abzumelden und die für seine Verbindlichkeiten aus dem Gaslieferungsvertrage bestellte Sicherheit zu kündigen, birgt einen solchen direkt zur Befriedigung geeigneten Vermögenswerth nicht in sich. Erst durch die Ausübung des Kündigungsrechts entsteht möglicher Weise ein Recht des Schuldners, die gestellte Kaution zurückzufordern, das Kündigungsrecht als solches hat keinen Vermögenswerth, es ist als solches nicht verwerthbar. KGBl. **02** 36 (KG.).

3. Der Anspruch auf Bestellung eines vermachten Nießbrauchs ist pfändbar. OLG. **1** 18 (Bamberg).

4. Das Pfandrecht des Sicherungsberechtigten an der Forderung auf Rückerstattung der hinterlegten Summe ist pfändbar. Da die Ausübung des Forderungspfandrechts übertragen werden kann, so ist auch eine Pfändung möglich. Seuff. A. **57** 170 (Dresden).

5. Das Urheberrecht ist unpfändbar. OLG. Dresden, Seuff. A. **56** 413.

6. a) Ueber die Pfändung der latenten Eigenthümerhypothek äußert sich Hoffmann, CBlFrG. **2** 637 ff.: Der Ertrag der Pfändung und damit die Entstehung des Pfandrechts an der Eigenthümerhypothek ist grundsätzlich abzulehnen, bevor sie nicht, sei es auch in einem Akte mit dem Pfändungsantrag, auf den Namen des Eigenthümers umgeschrieben ist. Bestreitet der eingetragene Hypothekar die Entstehung der Eigenthümerhypothek, so kann der Anspruch auf Pfändung durch Vormerkung gesichert werden. Die dagegen erhobene Einwendung, der Anspruch auf Einräumung eines Rechtes (BGB. § 883) sei gemeint nur als obligatorischer Anspruch, gerichtet auf rechtsgeschäftliches Handeln des Verpflichteten und erfüllbar nur durch Verschaffung des Rechtes vermöge solchen Handelns, die Vormerkung sei daher zur Sicherung des richterlichen Pfandrechts aus vollstreckbarem Schuldtitel nicht zulässig, ist unbegründet. Nicht geschützt wird dagegen der Gläubiger durch die an und für sich zulässige Pfändung des Berichtigungsanspruchs, denn sie ist nicht eintragungsfähig.

b) Die Pfändung einer Eigenthümerhypothek kann nur eingetragen werden, wenn die Entstehung dieser Hypothek nachgewiesen ist RJA. **3** 171 (KG.).

c) Ob die Eintragung der gegen den Grundstückseigenthümer erwirkten Pfändung der Eigenthümergrundschuld davon abhängig ist, daß zunächst die Berichtigung des Grundbuchs gemäß GBO. § 40 erfolgt, ist streitig zwischen dem SächsOLG. **21** 462, OLG. **2** 152, das die Frage bejaht, und KG. und OLG. Jena, OLG. **1** 304, 417; **3** 198, die die Frage verneinen.

7. Ueber Pfändung des Berichtigungsanspruchs s. SächsOLG. **23** 172 ff.

8. Das Erbrecht des Alleinerben kann nicht als besonderes selbständiges Vermögensrecht im Sinne des § 857 angesehen werden, das der Pfändung unterläge. Denn der Alleinerbe erlangt die Erbschaft nicht als abgetheiltes Vermögen, es vereinigen sich vielmehr bei ihm im Zeitpunkte des Anfalls alle Rechte und Pflichten aus der Erbschaft sofort mit dem eigenen Vermögen. LG. Bromberg, PosMschr. **02** 47.

9. Die Aussicht eines Schuldners auf demnächstige Betheiligung an einer noch nicht eröffneten Erbschaft kann nicht Gegenstand der Pfändung und damit auch nicht Gegenstand der Arrestanordnung sein. LG. Elberfeld, R. **00** 401.

§ 859. 1. Pfändung von Nachlaß- oder Gesellschaftsforderungen ist in der Weise zu bewirken, daß gegen jeden der Erben bzw. Gesellschafter folgender Antrag gestellt wird: die dem Schuldner L. in Gemeinschaft mit X. Y. Z. zustehende, zum Nachlasse des S. (zum Vermögen der von L. X. Y. Z. gebildeten Gesellschaft) gehörige Forderung gegen N. N. zu Gunsten des Gläubigers A. zu pfänden und zu überweisen. Harburger, R. 00 213; Werner daselbst 213, 214 gegen Böhm daselbst 167 f.

2. Den „Antheil" des Handelsgesellschafters kann der Gläubiger nicht pfänden lassen. Hellwig, Anspruch 201 Note 8 a. E.

3. Ueber Pfändung eines Erbtheils und Nothwendigkeit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an alle Miterben vgl. RG. **49** 405 ff. (früheres Recht).

4. Die formelle Wirkung der Pfändung des Antheils eines Miterben tritt mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Miterben ein. Die materielle Wirkung des Pfandrechts richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Der Pfandschuldner darf über seinen Erbantheil nicht mehr verfügen. Darin liegt zugleich das Verbot, in Gemeinschaft mit dem Miterben über die einzelnen Nachlaßgegenstände zu verfügen. Das Verfügungsverbot ist jedoch kein absolutes, es verhindert vielmehr nur eine Verfügung zum Nachtheile des Pfandgläubigers. Mit diesem Vorbehalte kann der Pfandschuldner an der Veräußerung von Nachlaßgegenständen theilnehmen. RJA. 3 151 (KG.).

5. Der Antheil eines Miterben an einem zum ungetheilten Nachlasse gehörigen Grundstück unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung. KGJ. **25** A 85, Seuff. A. **56** 38.

6. Ueber Pfändung des Erbrechts eines Alleinerben s. o. Ziff. 3 zu § 857.

§ 861. 1. Der Ehemann kann die Verpfändbarkeit der erworbenen Früchte des eingebrachten Gutes nicht nur im Wege des § 766 Abs. 1, sondern auch durch Klage geltend machen. Aus der Ausdrucksweise „sind der Pfändung nicht unterworfen" im Gegensatze zu „sollen nicht gepfändet werden" im § 812 ist zu entnehmen, daß eine Pfändung gegen das gesetzliche Verbot des § 861 nichtig ist und im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, während im Falle des § 812 die Pfändung an sich gültig und nur durch Beschwerde zu beseitigen ist. OLG. **2** 126 (Breslau).

2. Der Widerspruch der Ehefrau nach § 861 kann lediglich nach § 766, nicht auch im Wege der Klage nach § 771 geltend gemacht werden. OLG. **5** 32 (Dresden).

§ 862. Sowohl die rückständigen, als auch die fälligen und die zukünftig fällig werdenden Miethzinsen eines der väterlichen Nutznießung unterliegenden Grundstücks sind grundsätzlich der gegen den Vater gerichteten Zwangsvollstreckung nicht entzogen. Es sind nicht erst die einkassirten Miethzinsen als erworbene Früchte anzusehen. Erworben kann weiter auch eine Forderung sein, die betagt oder bedingt ist. LG. Bautzen SächsA. **10** 628 ff.

Zweiter Titel.

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Die Bestimmungen der §§ 755, 756 a. F. bleiben trotz des Gesetzes betr. Aenderungen der CPO. v. 17. Mai 1898 in Kraft mit Rücksicht darauf, daß, wie die Vorschriften des BGB. hinsichtlich des Liegenschaftsrechts mit der erfolgten Anlegung des Grundbuchs in Kraft treten, ebenso die prozeßrechtlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des 2. Titels 2. Abschn. des 8. Buches der CPO. v. 10. Mai 1897 erst vom Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs in Wirksamkeit treten. Bonschab, Seuff. Bl. **65** 101.

§ 864. In Uebereinstimmung mit § 1114 BGB. erklärt der § 864 Abs. 2 die Zwangsvollstreckung in den Bruchtheil eines Grundstücks nur für zulässig, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht, oder wenn sich der Anspruch des Gläubigers auf ein Recht gründet, mit welchem der Bruchtheil als solcher belastet ist. Daraus ergiebt sich, daß eine Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung auf den Bruchtheil eines im Alleineigenthume stehenden Grundstücks nicht eingetragen werden kann. Auch die auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters im Verfahren der Zwangsversteigerung einzutragende Sicherungshypothek ist eine Zwangsmaßregel, für die eine Ausnahme von den Grundsätzen in den §§ 1114 BGB., 864 CPO. nicht begründet ist. RJA. 3 92 (KG.).

§ 865 Abs. 2. 1. Maßgebend ist der Zubehörbegriff des BGB. §§ 97, 98. Nicht erforderlich ist, daß an dem betreffenden Grundstücke zur Zeit der Zwangsvollstreckung eine Hypothek bereits besteht; es genügt, daß eine solche im Falle ihrer Bestellung sich auch auf die fraglichen beweglichen Gegenstände als Zubehör des Grundstücks erstrecken würden gemäß § 1120 BGB. Deshalb kommt es bei Zubehör des alten Rechtes für die Anwendbarkeit des § 865 Abs. 1 Satz 1 lediglich darauf an, ob sie auch den Zubehörbegriff des BGB. erfüllen oder nicht.

Gegen die Verletzung des Pfändungsverbots steht dem etwaigen Hypothekengläubiger nicht die Klage aus § 771 oder aus § 805, sondern die Einwendung gemäß § 766 zu, letztere aber auch dem Schuldner und zwar selbständig neben dem Hypothekengläubiger.

Die Kosten der unzulässigen Pfändung treffen den Pfändungsgläubiger, gegebenenfalls den schuldhaft handelnden Gerichtsvollzieher, aber keinesfalls den Schuldner.

Soweit die Zubehörstücke nicht dem Grundstückseigenthümer selbst gehören (vgl. BGB. § 1120), ist sowohl Mobiliarzwangsvollstreckung (in sie allein ohne das Grundstück), als (zusammen mit dem Grundstücke) Immobiliarzwangsvollstreckung zulässig. Widerspruchsklagerecht des dritten Eigenthümers aus § 771. Hepp, ZFrG. **01** 39 ff.

2. Verleiht das neue Recht Sachen die nach dem bisherigen Rechte nicht Zubehör eines Grundstücks waren, die Zubehöreigenschaft, so treten diese Sachen zwar mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes in die Haftung für die Hypothek ein, aber nur in dem Rechtszustande, in welchem sie sich zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes befinden, also z. B. behaftet mit einem Pfandrechte, das durch eine nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes zulässige Pfändung erworben ist.

Folglich ist der Widerspruch des Hypothekengläubigers gegen ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes seitens eines Dritten wirksam erworbenes Pfändungspfandrecht nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes über die Zubehöreigenschaft und über die Zulässigkeit der Pfändung von Zubehörstücken zu beurtheilen. **RG. 46** 171 ff.

3. Die Vorschrift des § 865 Abs. 2 hat das Grundbuch des BGB. zur Voraussetzung und kann deshalb erst von dessen Anlegung an gebraucht werden. **RG.** JW. **02** Beil. 217.

4. Der Hypothekengläubiger ist durch § 865 Abs. 2 mehr geschützt, als der Schuldner durch § 811. Ihm gegenüber tritt die Unzulässigkeit der Pfändung schon dann ein, wenn Vieh oder Geräth zum Wirthschaftsbetriebe bestimmt waren, ohne Rücksicht darauf, ob die Wirthschaft mit weniger Inventar geführt werden kann. LG. Lyck, PosMschr. **01** 31.

5. Nur das Zubehör ist nicht der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterworfen, auf die sich die Hypothek erstreckt. Dasjenige Zubehör,

das nicht in das Eigenthum des Grundstückseigenthümers gelangt ist, unterliegt nach § 1120 nicht der Hypothek und ist daher der Mobiliarpfändung freigegeben. LG. Bautzen, SächsA. **11** 496.

6. Da durch § 865 Abs. 2 die Pfändung von Grundstückszubehör ausgeschlossen ist, soweit sich die Hypothek darauf erstreckt, ist den Hypothekengläubigern die Möglichkeit gegeben, einer trotzdem erfolgten Pfändung nach Maßgabe des § 766 zu widersprechen. Es kann der Hypothekengläubiger jedoch sein Recht auch im Wege der Klage gemäß § 771 geltend machen. OLG. **2** 127 (Königsberg).

7. Der dritte Eigenthümer der beim Schuldner gepfändeten Zubehörstücke kann dagegen die Pfändung wegen Verstoßes gegen § 865 nicht anfechten, sondern nur Widerspruchsklage nach § 771 erheben. OLG. Karlsruhe, R. **02** 511.

8. Die der Mobiliarpfändung nicht unterliegenden Zubehörstücke dürfen vom Konkursverwalter nicht zur Masse gezogen und veräußert werden. Eine solche Veräußerung ist wegen ihrer Eigenschaft als Vollstreckungsakt (**RG. 42** 89) gesetzlich unzulässig. Wer ein Pfandrecht am Grundstücke besitzt, verliert sein auf § 1120 BGB. beruhendes Recht, die Zubehörstücke zur Befriedigung seiner Forderung mit in Anspruch zu nehmen und an ihnen ein Absonderungsrecht geltend zu machen (KO. § 99), durch die vom Verwalter bewirkte Veräußerung nicht. Ebenso wie er ein die Veräußerung hinderndes Recht nach § 771 mit der Wirkung geltend machen kann, daß die von dritten Gläubigern gepfändeten Zubehörstücke beim Grundstücke zu belassen sind, ist er im Falle der Veräußerung durch den Verwalter berechtigt, den Erlös behufs seiner Vertheilung unter die Pfandgläubiger zur Grundstücksmasse zurückzuziehen. Es kann also, wenn die Veräußerung durch den Verwalter überhaupt nach der Ansicht des RG. der zwangsweisen Pfändung gleichzustellen ist, das Recht der Pfandgläubiger nicht dadurch verloren gehen, daß sie es vor dieser Veräußerung nicht geltend gemacht haben.

Zu dem gleichen Ergebniß ist auch dann zu gelangen, wenn man der Veräußerung die Bedeutung eines Vollstreckungsakts nicht beilegt. OLG. **4** 368 (Dresden).

9. Satz 2. **Aus § 865 Abs. 2 in Verbindung mit § 1121 BGB. folgt, daß bis zu einer Beschlagnahme im Sinne der §§ 141, 151 ZwVG die nicht dinglich am Grundstücke des Schuldners gesicherten Gläubiger die der Hypothek unterfallenden beweglichen Gegenstände der Immobiliarmasse und insbesondere die Grundstückserzeugnisse, soweit sie nicht die Eigenschaft von Zubehörungen besitzen, im Wege der Pfändung endgültig zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen dürfen.**

Es folgt weiter daraus, daß bis zu einer solchen Beschlagnahme auch der Verwalter im Konkurse zum Vermögen des Grundstücksbesitzers die Grundstückserzeugnisse für die Konkursmasse in Anspruch nehmen darf, ohne daß der einzelne Realgläubiger den vor der Beschlagnahme des Grundstücks der Konkursmasse zugeführten Erlös zur abgesonderten Befriedigung der Immobiliargläubiger überhaupt oder doch zu seiner vorzugsweisen Befriedigung in Anspruch zu nehmen befugt ist. Weder die Konkurseröffnung noch die Ausübung der dem Konkursverwalter eingeräumten Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnisse enthält eine Beschlagnahme des Grundstücks des Gemeinschuldners im Sinne des § 865 Abs. 2 Satz 2. SächsOLG. **23** 338 (vgl. auch Ziff. 10 zu § 1121 BGB.).

§ 866. I. Allgemeines. 1. Die im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 866 bewirkte Eintragung einer Sicherungshypothek beendet das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht und läßt das Uebergehen zu anderen Vollstreckungsmaßregeln zu. Die Beendigung tritt erst mit der Befriedigung des Gläubigers ein. OLG. **4** 143 (Dresden).

2. Die Kosten der Eintragung der Zwangshypothek sind nicht mit einzutragen OLG. 3 441 (Karlsr.); s. jedoch Delius, DJZ 01 477.

3. Kretzschmar, CBlFrG. 2 462 f. behandelt die Frage, ob die Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig sei auf Grund eines Urtheils gegen den unehelichen Vater wegen Zahlung von Unterhaltsrenten. Die Frage ist zu verneinen, da die Eintragung einer Sicherungshypothek ein Akt der Zwangsvollstreckung ist und die Zwangsvollstreckung nicht vor Fälligkeit des Anspruchs erfolgen darf. Will sich der Gläubiger die künftige Vollstreckung in das Vermögen seines Schuldners sichern, so muß er Arrest ausbringen.

4. In den Fällen, wo die Eintragung einer Zwangshypothek gemäß §§ 866, 867 in Frage steht, sind die Rechtsmittel, die den Betheiligten gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts zustehen, nicht die sofortige Beschwerde und die weitere Beschwerde nach den Vorschriften der §§ 793, 568, sondern die Beschwerde und die weitere Beschwerde nach den Vorschriften der §§ 71 ff. GBO. Dadurch, daß im § 867 der Gläubiger mit seinen Anträgen nicht an das Vollstreckungsgericht, sondern unmittelbar an das Grundbuchamt gewiesen wird, ist ausgedrückt, daß die Funktionen, die dem Amtsgerichte bezüglich der Eintragungen von vollstreckbaren Forderungen obliegen, von ihm lediglich in seiner Eigenschaft als Grundbuchbehörde wahrzunehmen sind. Das Verfahren von Anbringung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt an richtet sich nach den Vorschriften der Grundbuchordnung und die darin ergehenden Entscheidungen sind Entscheidungen im Sinne des § 71 GBO. RG. 48 242. Ebenso OLG. 1 6 (Jena); 1 206 (KG.); 4 380 (KG.).

II. Zusammenrechnung der Schuldtitel.

1. Die im § 5 angeordnete Zusammenrechnung der aus einem Schuldtitel entspringenden mehreren Ansprüche tritt zum Zwecke der Erreichung des im § 866 Abs. 3 für die Zwangseintragung vorgesehenen Mindestbetrags der Forderung nur ein, wenn die im Schuldtitel festgestellten mehreren Ansprüche einem einzigen Gläubiger oder einer und derselben gemeinschaftlich berechtigten Mehrheit von Gläubigern zustehen. KGJ. 21 A 121.

2. Die auf Grund des § 866 Abs. 3 Satz 2 entstandene Streitfrage, ob die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 866 auf Grund mehrerer Schuldtitel desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner zulässig sei, von denen keiner den Betrag von 300 M. übersteigt, sofern nur die Gesammtsumme aller aus den Schuldtiteln sich ergebenden Forderungen mehr als 300 Mark beträgt, ist vom RG. 48 242, JW. 01 109 ff., CBlFrG. 2 109 verneinend entschieden worden. Aus der Verweisung auf § 5 ist nach RG. ein Grund weder für die Bejahung noch für die Verneinung zu entnehmen. Der Sinn der streitigen Vorschrift ist allein aus dem Zwecke des Gesetzes und daraus, wie dieser nach der Absicht der gesetzgebenden Faktoren erreicht werden soll, zu ermitteln. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Gegner der Zwangseintragung die Zusammenrechnung der Forderungen und damit deren Eintragungsfähigkeit auf das niedrigste Maß haben herabdrücken wollen. Hierdurch ist die Verneinung der Frage nach der Zulässigkeit der Zusammenrechnung geboten.

3. Die verneinende Ansicht des RG. wurde bereits vor Erlaß des Urtheils von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten. Vgl. die Citate RG. 48 246 Anm. 1.

Im Einzelnen:

a) Meyer, Seuff. Bl. 66 321 ff., 337 ff.: Die Forderung muß ohne Rücksicht auf Nebenforderungen wegen Zinsen, Kosten und Schäden im Zeitpunkte der Beantragung des Hypothekeintrags den Betrag von 300 M. um mindestens einen Pfennig übersteigen. Dann deckt die Sicherungshypothek auch die Nebenforderungen. Der Betrag der Kostenforderung ist ohne Bedeutung,

wenn ihre Eintragung gleichzeitig mit der Hauptsache beantragt wird. Die Prozeßkosten, ausgenommen die der Zwangsvollstreckung und Zwangseintragung, bedürfen der Festsetzung. Eine Ergänzung der Hauptforderung durch den Kostenbetrag auf die erforderliche Summenhöhe ist ausgeschlossen. Die Eintragung der Kostenforderung ist nachträglich nach dem Eintrage der Hauptforderung nur zulässig, wenn sie 300 M. übersteigt. Mehrere in einem Vollstreckungstitel zuerkannte Forderungen können ohne Rücksicht auf Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit des Schuldgrundes zusammengerechnet werden. Die Zusammenrechnung mehrerer Forderungen auf Grund mehrerer Schuldtitel zur Erzielung der Forderungshöhe von über 300 M. ist auch bei Gleichartigkeit des Schuldgrundes nicht zulässig. Auch Theilurtheile und das darauf ergangene Endurtheil können nicht zusammengelegt werden. Der Grundbuchrichter hat keine Verbindungsbefugniß nach § 147. Kraft der Selbständigkeit eines jeden Schuldtitels muß für jeden Vollstreckungstitel eine Sicherungshypothek eingetragen werden. Die in derselben Prozeßsache erwachsenen Gerichtskosten gelten als eine Forderung und sind zusammenzurechnen, wenn ihr Eintrag gleichzeitig beantragt wird. Die Summenbegrenzung des § 866 III findet auf das Verwaltungszwangsverfahren Anwendung, wenn das Landesrecht auf die CPO. verweist. Voraussetzung für die Anordnung der Summenbegrenzung ist, daß es sich um die Eintragung einer Vollstreckungshypothek im Sinne der §§ 866 ff. handelt. Sie kommt daher nicht zur Anwendung: bei einer Sicherungshypothek auf Grund des § 128 ZwVG.; bei der Eintragung einer Bauhandwerkerhypothek auf Grund des § 648 BGB.; bei dem Vollzug einer Verurtheilung zur Sicherheitsleistung auf Grund des Art. 29 WechsO.; bei Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund des § 848 und schließlich bei der Umschreibung einer bereits vor dem 1. 1. 00 eingetragenen Vollstreckungshypothek. Bei der Eintragung einer Zwangshypothek muß es sich um die Vollstreckung einer Geldforderung handeln. Die Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung nach §§ 887, 890 darf nicht in Frage sein. Die Eintragung ist daher auch unzulässig auf Grund eines vollstreckbaren Titels, welcher lediglich auf Sicherheitsbestellung durch Hinterlegung gerichtet ist.

b) Rosenmüller, SächsA. **10** 677 ff.: Nicht der Betrag der jeweilig im Zwangsweg auf ein Grundstück zu legenden Hypothek, sondern der der zu sichernden Forderung ist nach dem Wortlaute des Gesetzes für die Eintragsfähigkeit maßgebend. Bei Berechnung der Forderung bleiben gemäß § 4 Nebenforderungen außer Ansatz. Gleichgültig ist es, durch wie viele Schuldtitel die eine Forderung zuerkannt worden ist (Kostenfestsetzungsbeschluß; Theilurtheile). Ist einmal ein 300 M. übersteigender Theil einer Forderung eingetragen worden, so können nachträglich weitere Theilbeträge derselben Forderung, auch wenn sie diesen Betrag nicht erreichen, durch Zwangshypothek gesichert werden. Zusammenrechnung von Forderungen behufs Erreichung des sicherungsfähigen Betrags ist nur zulässig, wenn sie in einem und demselben Prozeßverfahren zuerkannt sind. Die auf mehrere Grundstücke zu legenden Theilbeträge einer sicherungsfähigen Forderung brauchen 300 M. nicht zu übersteigen.

c) Delius, DJZ. **01** 177: Absicht und Wortlaut des Gesetzes sprechen gegen die Zulässigkeit der Zusammenrechnung mehrerer Schuldtitel. Die Unzulässigkeit der Zusammenrechnung gilt auch für den Fall, daß die in verschiedenen Schuldtiteln enthaltenen Forderungen aus demselben Rechtsgrunde herrühren. Der Gläubiger muß sich bei Einklagung einer Theilforderung klar machen, daß letztere 300 M. übersteigen muß, wenn er die Zwangseintragung im Grundbuche beabsichtigt. Der § 866 Abs. 3 wird vielleicht das Gute haben, daß Theilung von Forderungen, um das Amtsgericht zuständig zu machen, und die damit verbundene Vertheuerung der Prozesse fortan vermieden werden.

d) Ebenso Meyer, R. **00** 186; Niedner, DJZ. **00** 203; Mumm, R. **00** 371 u. A.

4. Auch in der Judikatur überwog die verneinende Ansicht:

a) RJA. **1** 16 (Jena): Schon der Wortlaut des § 866 Abs. 3 weist darauf hin, daß die Zusammenrechnung der Ansprüche, wie sie in entsprechender Anwendung des § 5 stattfinden soll, auf mehrere, in einem Schuldtitel zuerkannte Forderungen zu beziehen ist. Wäre § 5 nicht für entsprechend anwendbar erklärt, so könnte die Meinung entstehen, daß bei einem Schuldtitel, der dem Gläubiger mehrere Forderungen unter 300 M., z. B. 200 M. Kaufpreisforderung und 200 M. Darlehnsforderung zuspricht, keine dieser Forderungen mit einer Zwangshypothek versehen werden könne. Dem beugt die entsprechende Anwendung des § 5 vor.

Der Umfang des Rechtes des Gläubigers wird also durch den Schuldtitel bestimmt. Dieser bildet die materielle Grundlage des dinglichen Rechtes. Demgegenüber bedeutet der Antrag des Gläubigers auf Eintragung seiner rechtlichen Natur nach nur eine einseitige prozessuale Handlung des Gläubigers, durch die dessen Rechte über ihre materielle Grundlage hinaus keine Erweiterung erfahren können.

Ueberdies hat jeder Vollstreckungstitel seine selbständige Vollstreckungstendenz und seine selbständigen Schicksale.

b) OLG. **1** 99 (BayrObLG.): Gegen die Ansicht, daß es zur Erreichung der Summe von 300 M. genüge, wenn die Forderungen in einen Eintragungsantrag zusammengefaßt werden, spricht schon der Umstand, daß im § 866 Abs. 3 nur von dem Schuldtitel als der Grundlage für die Eintragung der Sicherungshypothek die Rede ist, während der Eintragungsantrag erst in § 867 erwähnt wird. Die mit dem vorausgehenden, vom Schuldtitel sprechenden Satze als Halbsatz in Verbindung gebrachte Verweisung auf den § 5 kann deshalb nur dahin verstanden werden, daß der § 5 auf den Schuldtitel entsprechende Anwendung finden soll, so daß daher mehrere in einem Schuldtitel zusammengefaßte Forderungen zusammenzurechnen sind. Ein einheitlicher Eintragungsantrag für mehrere von einander unabhängige Forderungen ist überhaupt nicht möglich. Für solche Forderungen kann nicht eine einheitliche Hypothek eingetragen werden, weil die Hypothek als Recht des Gläubigers nach dem BGB. eine bestimmte Forderung voraussetzt.

c) OLG. **3** 295 (KG.).

d) Seuff. A. **56** 335 (Dresden).

5. Dagegen hatten sich für die Zulässigkeit der Zusammenrechnung ausgesprochen:

a) Grünwald, R. **00** 261: Die Eintragung einer Sicherungshypothek kann auf Grund von Schuldtiteln erfolgen, von denen jeder für sich den Betrag von 300 M. nicht erreicht, die aber zusammengerechnet den eintragungsfähigen Betrag ergeben. Denn wie für den Beginn der Klage die Erhebung der Klage maßgebend ist, so ist für den Beginn des Zwangseintragungsverfahrens die Einreichung des Antrags nebst dem Schuldtitel; und wie in einer Klage mehrere Ansprüche geltend gemacht werden können, so können auch mit dem letzterwähnten Antrage mehrere Schuldtitel überreicht werden. Wenn nun der § 5 entsprechende Anwendung finden soll, so kann dies nichts Anderes heißen, als daß eine Zusammenrechnung der in den einzelnen Schuldtiteln bezeichneten Beträge zulässig sein soll.

b) Frey, SächsA. **10** 594ff.; Der § 866 enthält eine unzweifelhafte Ausnahme von dem allgemeinen und unbestrittenen Grundsatze, daß es der Regel nach lediglich von dem Willen des Gläubigers abhängt, in welchem Umfang er

seine Forderungen wenn sie nur mit Schuldtiteln ausgerüstet sind, im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen will. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen ist der § 866 als Ausnahme eng auszulegen. Der Zusammenrechnung mehrerer mit verschiedenen Schuldtiteln versehenen Ansprüche können also schon von vornherein keine engeren Schranken gezogen werden, als sich aus der gesetzlichen Ausnahmevorschrift klar ergeben. Und daraus ergiebt sich mehr nicht, als daß mehrere Ansprüche, die gleichzeitig mit einem Eintragsantrage geltend gemacht werden, zur Erfüllung der Mindestsumme von 300 M. zusammengerechnet werden dürfen. Die Beschränkung der Zusammenrechnungbefugniß auf die Ansprüche eines Schuldtitels beruht auf der ausdehnenden Auslegung einer Ausnahmevorschrift und ist unzulässig.

c) Scherer, JW. **01** 300: Die Vermeidung einer Bagatellhypothek wird auch bei Zusammenrechnung der Schuldtitel erreicht. Der Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek ist eine selbständige actio judicati; die Betreibung der Zwangsvollstreckung ist auch in der Weise zulässig, daß sie auf Grund mehrerer Vollstreckungstitel erfolgt; daher werden die Beträge, wie bei jeder Klage, zusammengerechnet. Die „entsprechende" Anwendung hat daher einen sehr vernünftigen Sinn, während sie nach der herrschenden Meinung unverständlich ist.

Die LG. Dresden, Chemnitz, Bautzen, CBlFrG. **1** 121; SächsA. **10** 183, 270:

6. Eine besondere Ansicht vertritt David, R. **00** 282 f.: Ein für sich allein seiner Höhe nach nicht eintragungsfähiger Forderungsbetrag kann in Verbindung mit anderen Forderungsbeträgen zur Eintragung im Vollstreckungswege gebracht werden,

a) wenn die einzelnen Forderungsbeträge bereits in einem gemeinschaftlichen Vollstreckungstitel zu einer 300 M. übersteigenden Forderung zusammengefaßt sind;

b) wenn die aus verschiedenen Vollstreckungstiteln sich ergebenden Forderungsbeträge nur Theile einer ihrer Höhe nach eintragungsfähigen Forderung sind, oder wenn der für sich allein seiner Höhe nach nicht eintragungsfähige Forderungsbetrag zu einer gleichzeitig mit zur Eintragung gelangenden, über 300 M. betragenden Forderung im Verhältniß einer Nebenforderung steht.

III. Streitig ist, ob für eine Kostenforderung, die 300 Mark nicht übersteigt, auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses eine Sicherungshypothek dann eingetragen werden kann, wenn für die 300 Mark übersteigende Hauptforderung eine solche bereits eingetragen ist.

1. Bejahend das BayrObLG.:

a) OLG. **1** 101: Der in einem Urtheile der obsiegenden Partei zugesprochene Kostenerstattungsanspruch ist ein Nebenanspruch; und diesen Charakter verliert der Kostenanspruch auch dadurch nicht, daß über die Verpflichtung zur Kostenerstattung in dem Urtheile nur dem Grunde nach entschieden und der Betrag durch einen besonderen Beschluß festgesetzt wird, der insoweit eine Ergänzung des Versäumnißurtheils bildet. Eine Geltendmachung der Kosten als selbständige Forderung liegt auch nicht darin, daß für sie die Eintragung einer selbständigen Hypothek beantragt wird. Da die Hypothek mit der Eintragung entsteht und ihr Rang sich nach der Zeit der Eintragung oder der Vormerkung richtet, so kann, wenn die Nebenforderung später als die Hauptforderung eingetragen oder vorgemerkt werden soll, immer nur eine selbständige Hypothek eingetragen oder vorgemerkt werden.

b) OLG. **3** 293: Entgegen der Ansicht des KG.*) ist daran festzuhalten,

*) S. u. 2a, b.

daß der Anspruch auf Kostenerstattung seine Eigenschaft als Nebenforderung durch die nachträgliche Festsetzung der Höhe nicht verliert und auch nicht als selbständige Forderung geltend gemacht wird, wenn nach der Vormerkung einer Vollstreckungshypothek für die Hauptforderung die Belastung desselben Grundstücks mit einer solchen Hypothek für die Kostenforderung beantragt wird. Die Ansicht, daß jeder Forderungsbetrag, für den ein besonderer vollstreckbarer Titel besteht, als eine besondere, von anderen Forderungen unabhängige Forderung anzusehen sei, und der Forderungsbetrag, für den die Vormerkung einer Vollstreckungshypothek beantragt wird, damit in der Weise selbständig geltend gemacht werde, daß der bestehende Zusammenhang mit einer anderen Forderung nicht mehr in Betracht komme, beruht auf formalistischen Erwägungen, die den Bedürfnissen des Lebens nicht gerecht werden und im Gesetze keine zureichende Begründung finden. Das Gesetz verlangt bei einer einheitlichen Forderung nicht auch Einheitlichkeit des vollstreckbaren Titels.

Die Vormerkung einer Hypothek ist allerdings eine ihrer äußeren Erscheinung nach selbständige Vollstreckungsmaßregel; aber auch sie zerreißt nicht nothwendig den Zusammenhang, der im Sinne der §§ 4, 5 zwischen mehreren Forderungen besteht.

Wenn das KG. als unstatthaft bezeichnet, die dem Schuldtitel wegen der Kosten fehlende Vollstreckungsvoraussetzung mit dem Schuldtitel über den Hauptanspruch zu ergänzen, so würde ihm zuzustimmen sein, wenn es sich um ein Erforderniß der Vollstreckbarkeit des Festsetzungsbeschlusses handelt. Die Eigenschaft der Kostenforderung als Nebenforderung einer den Betrag von 300 Mark übersteigenden Hauptforderung, für die dasselbe Grundstück schon mit einer Vollstreckungshypothek belastet ist, ist aber eine mit der Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht zusammenhängende Voraussetzung der Eintragung der Hypothek, die nach § 29 GBO. durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann.

2. **Verneinend:**

a) OLG. 1 103 (KG.): Die Zulässigkeit des Eintrags einer 300 Mark nicht übersteigenden Kostenforderung läßt sich nur dann bejahen, wenn der § 866 Abs. 3 bei einem Festsetzungsbeschlusse als Forderung den im vorausgegangenen Urtheile festgestellten Hauptanspruch, nicht den zur Zwangseintragung gestellten Kostenanspruch im Auge hätte. Das aber ist nach der Tendenz und Entstehungsgeschichte des § 866 Abs. 3 nicht anzunehmen und insbesondere auch nicht aus dem in dieser Vorschrift enthaltenen Zitat der §§ 4, 5 zu folgern. Der § 866 Abs. 3, durch den die Zwangseintragung aus volkswirthschaftlichen Gründen beschränkt und wegen geringfügiger Beträge ganz ausgeschlossen werden sollte, ist unbedenklich dahin zu verstehen, daß er die Eintragung von Sicherungshypotheken zum Betrage von nicht mehr als 300 Mark überhaupt ausschließt. Eine Kostenforderung von unter 300 Mark kann daher den Gegenstand einer für sich allein einzutragenden Sicherungshypothek nicht bilden. Der Hinweis auf § 4 bedingt nur, daß bei der Zwangseintragung wie bei der Festsetzung des Streitwerths, Nebenforderungen aller Art aus dem zur Zwangseintragung gestellten Schuldtitel unberücksichtigt bleiben.

b) OLG. 5 15 (KG.): Den Einwendungen des BayrObLG. gegen die vorstehende Entscheidung ist maßgebliches Gewicht nicht beizumessen. Denn ausschlaggebend bleibt der Umstand, daß als Schuldtitel für die geforderte Eintragung von Kosten lediglich der Feststellungsbeschluß in Betracht kommt. Der Grundbuchrichter ist gegenüber einem Antrag auf zwangsweise Eintragung festgesetzter Kosten nicht in der Lage, neben dem Beschlusse noch die Beibringung des zu Grunde liegenden Urtheils zu erfordern. Er ist bei der zweifelsfreien und ausnahmslosen Fassung des § 866 Abs. 3 Satz 2 CPO. auch nicht befugt,

die dem Schuldtitel wegen der Kosten etwa fehlenden Vollstreckungsvoraussetzungen aus dem Schuldtitel über den Hauptanspruch zu ergänzen — es sei denn, daß die Eintragung aus beiden Titeln gleichzeitig erfolgt und lediglich eine Ergänzung der Forderungsminimalsumme des § 866 Abs. 3 in Betracht kommt.

c) OLG. **4** 393 (Karlsruhe). Der § 866 Abs. 3 ist dahin zu verstehen, daß die Forderung, wie sie durch den Schuldtitel festgestellt ist, 300 Mark übersteigen muß, daß mithin eine Sicherungshypothek für einen geringeren Betrag auch dann nicht eingetragen werden darf, wenn die im Schuldtitel festgestellte Forderung nur einen Theil einer größeren, 300 Mark übersteigenden Forderung bildet.

d) Ebenso Scherer, JW. **01** 300: Es erfolgt ein selbständiger hypothekarischer Eintrag; es entsteht eine neue selbständige Hypothek mit neuem Range; das Gesetz verbietet aber absolut jede Hypothek unter 300 Mark.

e) Heslenfeld, CBlFrG. **2** 1 ff.: Allerdings vermag, wie das BayrObLG. ausführt, die Eigenschaft des Kostenfestsetzungsbeschlusses als eines selbständigen Schuldtitels der Kosten ihre Eigenschaft als Nebenforderung nicht zu nehmen. Dadurch aber, daß für die bisherige Nebenforderung eine selbständige Hypothek eingetragen wird, erfolgt die „Geltendmachung als selbständige Forderung". Vom Augenblicke der Eintragung an ist nämlich die Kostenforderung nicht mehr von der Hauptforderung abhängig. Die Nebenforderung kann immer nur als selbständige Hypothek eingetragen bzw. vorgemerkt werden. Die einmal eingetragene Kostenforderung hat ihre eigenen Schicksale, sie besteht auch dann noch fort, wenn die Hypothek für die Hauptsache gelöscht ist.

f) Delius, DJZ. **01** 177: Werden zugesprochene Nebenforderungen zugleich mit dem Schuldtitel zur Zwangseintragung angemeldet, so werden sie ohne Weiteres eingetragen. Werden sie für sich allein geltend gemacht, so muß die Forderung den Betrag von 300 Mark übersteigen, sollte auch die Hauptforderung bereits eingetragen sein oder eingetragen werden können.

g) Strübe, BadRpr. **02** 29 ff.: Der Kostenfestsetzungsbeschluß ist nur dann eintragungsfähig, wenn er 300 Mark übersteigt. Auf die Höhe der Hauptforderung kommt nichts an. Auch durch gleichzeitige Stellung des Antrags auf Eintragung der Urtheilssumme und der Kosten werden letztere, sofern sie nicht den Betrag von 300 Mark übersteigen, nicht eintragungsfähig.

IV. 1. Der Ausschluß der Sicherungshypothek auf Grund eines Vollstreckungsbefehls führt dazu, dem Gläubiger, der wegen seiner Forderung einen rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl erwirkt und die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners ohne Erfolg betrieben hat, für befugt zu erachten, zur Geltendmachung desselben Anspruchs Klage zu erheben. Daß der Gläubiger schon auf Grund des vorhandenen Vollstreckungsbefehls die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks betreiben kann, ändert daran nichts. Denn ein Gläubiger, der für seine Forderung eine Sicherungshypothek am Grundstücke des Schuldners erwirkt hat, hat einem nur auf die Zwangsversteigerung angewiesenen Gläubiger gegenüber den Vortheil, daß er, anstatt sofort und unter allen Umständen die Veräußerung des Grundstücks betreiben zu müssen, unter Beibehaltung seines Ranges den Zeitpunkt abwarten kann, der ihm zur Erzielung eines möglichst hohen, seine Befriedigung am sichersten gewährleistenden Erlöses als der geeignetste scheint. Die Zwangsverwaltung dagegen steht als Vollstreckungsmittel deswegen hinter der Sicherungshypothek zurück, weil durch sie der Gläubiger meist nur sehr allmählich Befriedigung finden kann und sie überdies dann vollständig versagt, wenn ein Grundstück zur Zeit Nutzungen nicht abwirft. Die Vollstreckung aus dem Urtheil ist von der vorherigen Ablieferung des Vollstreckungsbefehls abhängig zu machen. SächsOLG. **23** 358.

V. Unanwendbarkeit des § 866 Abs. 3.

1. Die Bestimmung des Abs. 3, wonach auf Grund eines „Vollstreckungsbefehls" eine Sicherungshypothek nicht eingetragen werden darf, bezieht sich nur auf die civilprozeßrechtlichen „Vollstreckungsbefehle" (§ 699), nicht aber auf öffentlich-rechtliche Vollstreckungsverfügungen (Vollstreckungsbefehle) von Verwaltungsbehörden. Ein reichsgesetzliches Verbot bezüglich der letzteren hat also § 866 Abs. 3 nicht statuirt. Gerhardt, WürttZFrG. 01 129 ff.

Einer landesrechtlichen Bestimmung, wonach Sicherungshypotheken für öffentlich-rechtliche Geldforderungen auch von weniger als 300 M. eingetragen werden dürfen (§ 866 Abs. 3), steht nichts im Wege. Ebendas. 297.

2. Verhältniß des § 866 Abs. 3 zu § 848: § 866 Abs. 3 schließt zwar die Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund eines Vollstreckungsbefehls aus, allein er berührt nicht die Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs, welcher die Herausgabe einer unbeweglichen Sache betrifft, auf Grund eines Vollstreckungsbefehls. Ist aber eine solche Pfändung erfolgt, so tritt nach der Entgegennahme der Auflassung durch den Sequester die Sicherungshypothek kraft Gesetzes von selbst ein und die Bewilligung der Eintragung hat nur die Bedeutung einer Kundbarmachung des bereits entstandenen Rechtes für Dritte. Durch § 866 Abs. 3 kann aber diese einheitliche Bestimmung, daß, nachdem die Sicherungshypothek mit der Auflassung zur Entstehung gelangt ist, sie durch die vom Sequester zu bewilligende Eintragung öffentlich kundzumachen ist, nicht zerschnitten werden dergestalt, daß zwar die Entstehung der Sicherheitshypothek nach vorgängiger Pfändung des Anspruchs auf Eigenthumsübertragung auf Grund eines Vollstreckungsbefehls möglich, die Eintragung des entstandenen Rechtes aber unzulässig ist. § 866 Abs. 3 will nicht bloß die Eintragung, sondern auch die Entstehung einer Sicherheitshypothek auf Grund eines Vollstreckungsbefehls hindern, er paßt also nicht auf einen Fall, wo das Gesetz die Entstehung der Hypothek und mithin auch ihre Wirkungen, abgesehen von den Wirkungen gegen gutgläubige Nachhypotheken, von selbst eintreten läßt und deren Eintragung nur zum Zwecke der Publizität vorschreibt. § 866 Abs. 3 muß auf den Fall beschränkt bleiben, für welchen er gegeben ist, nämlich, daß der Gläubiger auf Grund eines Vollstreckungsbefehls nicht eine Hypothek auf das dem Schuldner gehörige Grundstück eintragen lassen kann. OLG. 1 206 (KG.).

3. Ist der Schuldner zur Bewilligung einer Sicherungshypothek verurtheilt worden, so ist die Hypothek auch dann einzutragen, wenn sie weniger als 300 M. beträgt. OLG. 1 205 (KG.).

4. Die Vorschriften des § 866 sind auf die Vollstreckung von Schuldtiteln, welche eine Individualleistung betreffen, nicht zu erstrecken, weil eine derartige Vollstreckung durch die im III. Abschnitte des 8. Buches der CPO. enthaltenen selbständigen gesetzlichen Bestimmungen §§ 883—898 geregelt wird. Ein solcher Fall liegt vor bei dem aus § 648 BGB. hervorgehenden Anspruch auf Einräumung einer Sicherheitshypothek. Wegen einer solchen Forderung kann daher eine Hypothek auch dann eingetragen werden, wenn sie 300 M. nicht übersteigt. KGJ. 21 A 100, OLG. 2 221 (KG.). (S. o. Ziff. 3b zu § 648.)

5. Die Anordnung, daß die Beitreibung von Geldbeträgen im Verwaltungszwangsverfahren stattzufinden habe (§§ 1, 51 Preuß. V. v. 15. 11. 99; § 5 Preuß. AG. z. CPO.), ist kein Schuldtitel im Sinne des § 866 Abs. 3. Denn es wird dadurch nicht eine Verpflichtung, eine Schuld festgestellt, sondern nur die Vollstreckbarkeit bezeugt. Die Schuld besteht schon vorher, sie ist festgestellt durch die Entscheidung einer Behörde, die grundsätzlich eine von der Vollstreckungsbehörde verschiedene ist. Diese Entscheidung ist der Schuldtitel. OLG. 5 459 (KG.).

VI. § 866 Abs. 3 findet auch auf die Zwangseintragung von Grundsteuerforderungen Anwendung. OLG. 5 458 (KG.).

Ueber die Frage, ob § 866 auch auf die Arresthypothek Anwendung leidet, vgl. zu § 932 u. Ziff. 1 und 2.

§ 867. I. Abs. 1. 1. Für eine und dieselbe Forderung kann nur eine Zwangshypothek eingetragen werden. LG. Colmar, R. **00** 308.

2. Der Vermerk der Eintragung auf dem vollstreckbaren Titel dient lediglich der Sicherung des Schuldners, nicht der Legitimation des Gläubigers. Der Titel wird durch ihn nicht zu einer dem Hypothekenbriefe gleichwerthigen, aufgebotsfähigen Urkunde. OLG. 2 405 (KG.).

3. Die Kosten des Antrags auf Eintragung der Sicherungshypothek sind nicht eintragungsfähig. Sie sind aber auch nicht eintragungsbedürftig, da nach § 867 Abs. 1 das Grundstück kraft Gesetzes für sie haftet.

Aus § 788 läßt sich das Gegentheil nicht herleiten, da es sich bei Bestellung der Sicherungshypothek nicht um eine „Beitreibung" handelt. OLG. **4** 441 (Karlsruhe). Ebenso Gaupp-Stein § 867 VI; anders Brogsitter, R. **00** 318.

4. Werden mehrere Grundstücke des Schuldners nach Maßgabe des § 867 Abs. 2 mit einer Zwangshypothek belastet, so wird zwar die Forderung durch die Vertheilung auf die einzelnen Grundstücke an sich nicht getheilt, sondern sie bleibt einheitlich; aber es entsteht auch keine Gesammthypothek, sondern der Gläubiger erlangt so viele selbständige Einzelhypotheken, als Grundstücke belastet werden. Jedes der letzteren haftet nur für den Theilbetrag der Forderung, mit dem es belastet ist. OLG. 5 332 (Colmar).

II. Abs. 2. A. Mehrere Grundstücke.

1. Mehrere Grundstücke, die nach geltendem Rechte als eine Gutseinheit anzusehen sind, gelten im Sinne des § 867 als ein Grundstück. Eine Vertheilung des Betrags der Forderung auf die einzelnen vereinigten Grundstücke findet daher nicht statt. Bei der Vertheilung nach § 867 Abs. 2 auf die mehreren Grundstücke des Schuldners entscheidet der Gesammtbetrag der Forderung für die Zulässigkeit der Sicherungshypothek. Die einzelnen Theilbeträge können unter 300 M. sein. Die Größe der Theile bestimmt der Gläubiger. Diese Bestimmung ist eine Voraussetzung des Eintragungsantrags, der beim Grundbuchamte schriftlich oder mündlich zu Protokoll zu stellen ist. Die Vermittelung des Prozeß- oder Vollstreckungsgerichts ist ausgeschlossen. Der Mangel der Vollmacht ist im Eintragungsverfahren von Amtswegen zu berücksichtigen. Ihre Vorlage ist unnöthig, wenn der Prozeßbevollmächtigte im Vollstreckungstitel aufgeführt ist. Meyer, Seuff. Bl. **66** 338 f.

2. Unter einem „Grundstück" ist die im Grundbuche besonders aufgeführte Katasterparzelle zu verstehen. Sind mehrere Grundstücke auf demselben Grundbuchblatte zu einem Komplexe zusammengezogen, so gelten sie als ein Grundstück.

Ist der Schuldner nur Miteigenthümer, so darf nur auf seinen Antheil eingetragen werden. Gehören die mehreren Grundstücke verschiedenen Eigenthümern, die als Gesammtschuldner haften, so ist eine Vertheilung der Forderung nicht nöthig, es kann vielmehr die Eintragung auf die Grundstücke des einen Schuldners zur Gesammthaft mit denen des anderen erfolgen. Delius, DJZ. **01** 178.

3. Mehrere selbständige Grundstücke auf gemeinschaftlichem Blatte sind nicht als ein Grundstück anzusehen; es ist auf sie zu vertheilen.

Eine ausgeklagte Hypothekenforderung, deren auch persönlicher Schuldner der Eigenthümer ist, kann in voller Höhe (gegen Krech und Fischer 153) als Zwangshypothek auf einem anderen Grundstücke des Schuldners eingetragen werden;

es ist hier also (anscheinend gegen OLG. 2 493 [KG.]) eine Kombination von Verkehrs- und Sicherungshypothek möglich. Der von Krech und Fischer für die entgegengesetzte Ansicht verwerthete § 1131 des Entw. I gewährte die Uebermäßigkeitsklage nur, wenn die mehreren Hypotheken die Mündelsicherheit überstiegen; da ein solcher Maßstab der zulässigen Sicherheit nicht Gesetz geworden ist, kann der § 1131 zur Begründung nicht herangezogen werden. Brachvogel-Frydrychowicz a. a. O. 169 ff.

4. Mehrere auf einem Grundbuchblatte zusammengeschriebene einzelne Grundstücke sind im Sinne des § 867 Abs. 2 als mehrere Grundstücke anzusehen, so daß die Vertheilung zu erfolgen hat. Anders nur, wenn durch Landesgesetz die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts ausgeschlossen ist. Oberneck, R. **02** 306 ff.

5. Durch den Eintrag mehrerer Grundstücke auf einem Hypothekenbuchblatt (in Bayern) wird nicht ohne Weiteres ein einheitliches Hypothekenobjekt geschaffen. Durch die Artt. 6, 7 und 9 des Bayr. Gesetzes, betr. die Vorbereitung der Anlegung des Grundbuchs vom 18. 6. 98 ist das bis dahin geltende Prinzip, daß mehrere auf einem Hypothekenbuchblatte vorgetragene Grundstücke in Bezug auf die hypothekenrechtliche Behandlung als Gutseinheit gelten, durchbrochen; sie bleiben an sich jetzt selbständige Rechtsobjekte, „einzelne Grundstücke“ im Sinne des Abs. 2. Dennler, Seuff. Bl. **65** 363.

6. Nach den Bestimmungen des Bayr. Hypothekengesetzes von 1822 bildet ein aus mehreren Grundstücken bestehender „Gutskomplex“, wenn und solange er auf einem Blatte des Hypothekenbuchs eingetragen ist, für die Belastung mit Hypotheken ein einheitliches Ganzes, eine Grundstückseinheit. Ein solcher Gutskomplex ist auch als ein Grundstück im Sinne des § 867 anzusehen. OLG. **1** 75 (BayrObLG.).

B. Verhältniß von § 866 Abs. 3 zu § 867 Abs. 2:

1. Eine Forderung, die an sich nach § 866 zur Eintragung einer Sicherungshypothek geeignet ist, ist, wenn sie auf mehreren Grundstücken des Schuldners eingetragen werden soll, nach Bestimmung des Gläubigers in Theile zu zerlegen. Diese Theile sind selbst dann eintragungsfähig, wenn sie den Betrag von 300 M. nicht übersteigen. Mumm, R **00** 317 f.

2. Bei der Vertheilung des Forderungsbetrags auf die einzelnen Grundstücke sind regelmäßig Theile von über 300 M. zu bestimmen. Ist dies nicht möglich, soll z. B. eine Forderung von 390 M. auf zwei Grundstücke eines Schuldners eingetragen werden, so sind auch Beträge unter 300 M. als zulässig zu erachten. Delius, DJZ. **01** 178.

3. Der Vertheilung des Forderungsbetrags gemäß § 867 Abs. 2 steht es nicht entgegen, wenn auf die einzelnen Grundstücke ein 300 M. nicht übersteigender Betrag entfällt; es genügt vielmehr, wenn die vollstreckbare Forderung des Gläubigers ausweislich des Schuldtitels unter Zugrundelegung der §§ 4 und 5 mehr als 300 M. beträgt. OLG. **3** 203 (Dresden).

4. Ebenso OLG. Colmar, R. **02** 438: § 866 Abs. 3 Satz 2 ist auf die gemäß § 867 Abs. 2 einzutragenden Theilbeträge einer die Summe von 300 M. übersteigenden Forderung nicht anwendbar; hier entscheidet vielmehr lediglich der Gesammtbetrag der Forderung, nicht der eingetragene Theilbetrag.

C. 1. Die Vorschrift des § 867 Abs. 2 verwehrt dem Gläubiger nicht, für eine hypothekarisch gesicherte Forderung eine Sicherungshypothek an anderen Grundstücken des Schuldners zu verlangen, sondern bestimmt nur, daß der Betrag der Forderung auf die anderen Grundstücke vertheilt wird. BayrObLG. R. **02** 374.

2. Unter Billigung der „triftigen und überzeugenden Gründe“ des Beschlusses des BayrObLG. spricht sich gegen den Vertheilungszwang beim Zusammentreffen einer Vertragshypothek mit einer Zwangshypothek aus Schürmer, R. **02** 984.

3. Dagegen Oberneck, R. 02 308: Der Gläubiger, dem für seine Forderung von seinem Schuldner eine Konventionalhypothek bestellt war, kann nach Ausklagung jener eine Zwangshypothek auf einem anderen Grundstücke desselben Schuldners nur mit der Beschränkung eintragen lassen, daß er auf die kompensirte Hypothek zu demjenigen Betrage, der als Zwangshypothek auf das andere Grundstück eingetragen werden soll, verzichtet. Dasselbe gilt, wenn bereits eine Zwangshypothek auf dem Grundstücke des Schuldners eingetragen war und später auf einem anderen Grundstücke desselben Schuldners dieselbe Judikatsforderung eingetragen werden soll.

Eine Zwangshypothek für dieselbe Forderung kann auf dem Grundbesitze jedes Gesammtschuldners im ganzen Umfang eingetragen werden. Der § 867 Abs. 2 schränkt das Recht des Gläubigers, die ganze geschuldete Leistung von jedem der mehreren Gesammtschuldner zu fordern, nicht ein. OLG. 2 356 (KG.).

4. Ehegatten, die in Fahrnißgemeinschaft leben, waren als Gesammtschuldner verurtheilt. Der Gläubiger hatte beantragt, die Schuldsumme in bestimmt angegebenen Theilbeträgen einmal auf dem Grundstücke des Mannes, sodann auf den Grundstücken der Frau und ein drittes Mal auf den zum Gesammtgute gehörigen Grundstücken einzutragen.

Diese dritte Eintragung auf den zum Gesammtgute gehörigen Grundstücken wäre nur zulässig, wenn bezüglich des Gesammtguts neben den Personen der einzelnen Ehegatten noch ein besonderer Solidarschuldner in der Gesammtheit dieser Ehegatten vorhanden sein kann und sich der vollstreckbare Titel des Gläubigers auch gegen diese Gesammtheit als besonderen Solidarschuldner richtet. Voraussetzungen dieser Art sind nicht gegeben. Weder richtet sich der vollstreckbare Titel des Gläubigers besonders gegen die vorstehend gedachte Gesammtheit der Ehegatten, noch ist es rechtlich überhaupt zulässig, neben den Einzelpersonen der solidarisch haftenden Eheleute noch deren Gesammtheit als besonderes Subjekt einer Solidarschuld zu behandeln. Der Umstand, daß der Antheil eines gütergemeinschaftlichen Ehegatten an immobilen Bestandtheilen der Fahrnißgemeinschaftsmasse mit Hypotheken nicht belastet werden kann und auch nach § 860 nicht Gegenstand einer gegen den betreffenden Ehegatten gerichteten Zwangsvollstreckung ist, bedingt für die Anwendung des § 867 Abs. 2 nicht, daß ein gegen das immobile Gesammtgut der solidarisch haftenden gütergemeinschaftlichen Eheleute gerichteter Antrag auf Zwangseintragung stets so aufzufassen sei, als ob er sich gegen Grundstücke der einzelnen solidarisch verhafteten Eheleute nicht richte. Dem Zwecke und der Bedeutung des § 867 Abs. 2 wird man vielmehr — **sobald neben dem Gesammtgut auch Sondergrundstücke der Eheleute in Anspruch genommen sind** — nur dadurch gerecht werden, daß als Grundstücke des einzelnen Ehegatten sowohl dessen Sondergrundstücke, als die immobilen Bestandtheile des Gesammtguts betrachtet werden. Weil der Gesammtheit beider Ehegatten die rechtliche Persönlichkeit fehlt, Schuldner mithin auch hinsichtlich des gütergemeinschaftlichen Gesammtguts die einzelnen Eheleute sind, so läuft eine zwischen dem Gesammtgut und den Sondergrundstücken der einzelnen Eheleute durch volle Eintragung der Schuldsumme sowohl auf dem Gesammtgut, als auf den Sondergrundstücken jedes einzelnen Ehegatten entstehende Gesammthypothekenhaftung der Tendenz des § 867 Abs. 2 direkt zuwider. Der Gläubiger hat daher für die durch § 867 Abs. 2 bedingte Schuldvertheilung das Gesammtgut und das Sondergut jedes einzelnen gesammtschuldnerischen Ehegatten als Grundbesitz des letzteren zu behandeln. OLG. 2 406 (KG.).

5. Will der Gläubiger die Vertheilung der bereits auf mehreren Grundstücken des Schuldners eingetragenen Zwangshypothek ändern, so hat er einen entsprechenden Verzicht auf dem Grundbuchblatt eintragen zu lassen. Zur Eintra-

gung des Verzichts bedarf es der Zustimmung des Grundstückseigenthümers nicht. Seuff. A. **57** 127 (Dresden).

§ 868. Beantragt der Eigenthümer im Falle des § 868 Umschreibung der Sicherungshypothek in eine Grundschuld für ihn, so bedarf es, wenn eine Wechsel- zc. Forderung in Frage stand, nicht der Vorlegung des Wechsels zc. trotz § 44 GBO. Brachvogel-Frydrychowicz a. a. O. 161.

Dritter Titel.

Vertheilungsverfahren.

§ 874. Die im Abs. 2 hervorgehobenen gemeinschaftlichen Kosten sind nicht nur die von vornherein in gemeinschaftlichem Interesse aufgewandten Kosten, sondern überhaupt alle Aufwendungen eines Gläubigers, die im Erfolge der Vertheilungsmasse zu Gute kommen. Hierzu gehören auch die Aufwendungen eines Gläubigers, der eine von einer Gegenleistung abhängige Forderung gepfändet und den Drittschuldner befriedigt hat. Flechtheim, Buschs Z. 28 290.

§ 877. Ein im Vertheilungstermine nicht erschienener, bei dem Widerspruche betheiligter Gläubiger befindet sich durch sein Ausbleiben allein noch nicht im Verzuge gegenüber dem widersprechenden Gläubiger. KGBl. **02** 83 (KG.).

§ 878. I. 1. Die Widerspruchsklage verfolgt das prozessuale Recht, wegen des besseren materiellen Rechtes eine Aenderung des Theilungsplans zu fordern, hat also einen anderen Gegenstand als der Prozeß über das Privatrecht, das nur Vorfrage ist. Die Entscheidung ergeht „über den erhobenen Widerspruch" (§ 800 Satz 1). Das Resultat ist entweder Abweisung der unbegründeten Klage oder Aufhebung des Theilungsplans. Der Prozeßgegner braucht sich nicht auf die Reszission zu beschränken, sondern kann im judicium rescissorium entscheiden.

Die Begründetheit des Widerspruchs hängt von dem Bestande der zu befriedigenden Forderungen oder von dem beanspruchten Vorrang ab. Voraussetzung ist ein Vollstreckungstitel bei Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Widerspruchsgrund ist Berücksichtigung eines Gläubigers, der ohne Titel ist oder für den eine unwirksame Pfändung stattgefunden hat, oder dessen Recht nachträglich (arg. CPO. § 767 II) untergegangen ist. Das Urtheil, auf das sich ein Gläubiger stützt, ist nicht etwa ein widerlegbares Beweismittel für das Recht, Befriedigung zu suchen. Hellwig, Anspruch 502 ff.

2. Die Widerspruchsklage ist nicht Feststellungsklage, auch kein „eigenartiges Rechtsmittel", sondern Bewirkungsklage, ihr Gegenstand der Theilungsplan des Vertheilungsgerichts. Sie bleibt zulässig bis zur Ausführung des Planes. Langheineken, Urtheilsanspruch 263 ff.

II. 1. Die Widerspruchsklage nach § 878 kann nur angestellt werden von einem betheiligten Gläubiger und nur gerichtet werden gegen betheiligte Gläubiger. **RG.** JW. **01** 403.

2. Richtet sich der Widerspruch nicht gegen die Schuldner, sondern gegen die Theilungsmasse, macht insbesondere ein am Zwangsvollstreckungsverfahren nicht Betheiligter geltend, in die zu vertheilende Masse sei ein Gegenstand hineingekommen, der dorthin nicht gehöre, sondern in einem abgesonderten Verfahren zu verwerthen und zu vertheilen sei, oder verlangt der Auftretende aus dem Gegenstande, falls dessen Verwerthung und Vertheilung in dem anhängigen Verfahren vorgenommen wird, vorzugsweise Befriedigung, so liegt kein Widerspruch im Sinne der §§ 876 ff. vor, sondern es handelt sich um einen Anspruch, der mit dem konkursrechtlichen Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch unverkennbare Aehnlichkeit hat. Seine klageweise Verfolgung ist daher weder von der Erhe-

bung eines Widerspruchs, noch von der Einhaltung der Frist des § 278 abhängig. **RG. 51** 318.

3. Grund der Widerspruchsklage kann jede persönliche Verpflichtung des Beklagten gegenüber dem Kläger sein. Sie kann daher auch darauf gestützt werden, daß der Beklagte in treuloser Weise den Kläger von der Pfändung zurückgehalten hat, um in der Zwischenzeit selbst ein besseres Pfandrecht zu erwerben. **RG. JW. 02** 170.

4. Ist auf erhobenen Widerspruch ein rechtskräftiges Urtheil ergangen, so kann die dadurch geregelte Vertheilung hinterher nicht noch durch neue Klagen auf Grund eines angeblichen besseren Rechtes angefochten werden. Der § 878 erklärt die Geltendmachung des besseren Rechtes nur dann noch für zulässig, wenn der Widerspruch gegen den Theilungsplan aus formellen Gründen, wegen Fristversäumung, keinen Erfolg gehabt und die Ausführung des Vertheilungsplans nicht aufgehalten hat. Das Vertheilungsverfahren hat nicht bloß provisorische Bedeutung. OLG. **3** 335 (Königsberg).

5. Der Gläubiger, der nicht widersprochen hat, kann auch außerhalb des Vertheilungsverfahrens sein materielles Recht geltend machen. OLG. Darmstadt, HessRspr. **1** 115.

6. Hat der Gläubiger im Termine widersprochen, aber die Monatsfrist nicht eingehalten, so kann er nicht vor Ausführung des Planes Feststellungsklage erheben, sondern nur nach Auszahlung auf Bereicherung klagen. OLG. **3** 335 (Zweibrücken).

7. Im Vertheilungsverfahren kann der widersprechende Gläubiger nicht bloß das Vorrecht, sondern auch die Richtigkeit und materielle Wirksamkeit der von einem anderen Gläubiger liquidirten Forderung angreifen. Er kann die dem Schuldner gegen diese Forderung zustehenden Einwendungen in gleicher Weise wie der Schuldner selbst erheben. Insbesondere kann er die Beschränkung der Haftung des Schuldners auf die Masse des Nachlasses geltend machen. KGBl. **02** 49 (KG.).

§§ 879, 880. Da das über einen Vertheilungsstreit ergehende Urtheil die Besonderheit hat, daß es nach § 880 auch dann, wenn der Widerspruch für unbegründet erklärt wird, nicht schlechthin auf Abweisung lauten darf, sondern in jedem Falle eine positive Entscheidung über Auszahlung der Masse treffen muß, so enthält eben deshalb jeder in einem solchen Rechtsstreite gestellte Antrag, wonach es bei dem Theilungsplane verbleiben soll, zugleich das Verlangen, daß die Aufrechterhaltung des Theilungsplans dem Kläger gegenüber ausgesprochen, letzterer also zu dessen Anerkennung verurtheilt werde. Damit ist, da der Gebrauch des Wortes „Widerklage" anerkanntermaßen kein Erforderniß für deren wirksame Erhebung bildet, der Wille, als Widerkläger aufzutreten, genügend zum Ausdrucke gebracht. **RG. 51** 321.

Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 883. 1. Wenn der Gerichtsvollzieher dem Schuldner eine auf Grund des Urtheils herauszugebende Sache wegnimmt und sie dem Gläubiger übergiebt, so steht dieser Akt der bis dahin vom Schuldner geweigerten Rechtsveräußerungshandlung nicht gleich; für die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" ist hier daher kein Raum. Mannhardt, HansGerZ. Beibl. **00** 78.

2. Die Zwangsvollstreckung nach §§ 883, 885 findet auch dann statt, wenn es sich um ideelle Antheile der Sache handelt. Anders Petersen=Anger.

Die Vorschriften der §§ 883, 885 sind ausschließlich, mittelbarer Zwang durch Geldstrafen ist nicht zulässig. **RG.** JW. **02** 396.

3. Für die Frage, ob es sich um Zwangsvollstreckung in beweglicher Sache oder um Ergänzung von Handlungen handelt, sind lediglich die §§ 883, 884 u. 887, nicht die Vorschriften des materiellen Rechtes maßgebend. Demnach ist eine bewegliche Sache nur ein solcher äußerlich wahrnehmbarer beweglicher körperlicher Gegenstand, der dem Schuldner vom Gerichtsvollzieher weggenommen werden und dem Gläubiger übergeben werden kann.

Ist daher ein Schuldner zur Zuleitung elektrischen Stromes verurtheilt, so ist nicht eine bewegliche Sache, sondern eine Handlung im Sinne von § 887 Abs. 1 zu leisten. OLG. 2 223 (Naumburg).

4. Die urtheilsmäßige Verpflichtung des Beklagten, alle seine Erfindungen und Neukonstruktionen der Klägerin zur alleinigen Ausnutzung zur Verfügung zu stellen, kann nicht auf Grund des § 883 vollstreckt werden. Sie beschränkt sich nicht auf die Herausgabe beweglicher Sachen; denn selbst, wenn der Beklagte die Zeichnungen, Modelle rc., also die sichtbaren Träger des Erfindungsgedankens herausgäbe, so wäre damit der Anspruch der Klägerin noch in keiner Weise erfüllt, solange sie noch nicht in die Möglichkeit versetzt wäre, auch diejenigen Erfindungen des Beklagten zu benutzen, die lediglich als Idee bestehen und nicht schon körperlich dargestellt sind. Die Ueberlassung von erfinderischen Gedanken und das Recht ihrer alleinigen Ausnutzung sind keine beweglichen Sachen im Sinne des § 883, denn hierunter ist nach dem Sinne und Wortlaute dieser gesetzlichen Bestimmung nur ein solcher äußerlich wahrnehmbarer körperlicher beweglicher Gegenstand zu verstehen, den der Beklagte in seinem Gewahrsam haben und der ihm vom Gerichtsvollzieher weggenommen werden und der Klägerin übergeben werden kann. OLG. Frankfurt, R. **02** 560.

5. Der Ueberweisungsbeschluß nach § 836 Abs. 3 genügt, um, auf ihn allein gestützt, gegen den Schuldner das Verfahren auf Leistung des im § 883 vorgesehenen Offenbarungseids über den Verbleib der Urkunde durchzuführen. LG. Köln, DJZ. **00** 532.

§ 885. Die Vorschrift des § 885 über die Art der Zwangsvollstreckung ist ausschließlich. **RG.** JW. **02** 396.

§ 887 (893). 1. Auf Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers eines Grundstücks zu dessen Befreiung von den darauf haftenden Hypotheken kann der Zwang des § 887 in der Weise, daß der Schuldner verurtheilt wird, die zur Tilgung aller Hypotheken erforderliche Summe vorauszuzahlen, dann nicht angewandt werden, wenn diese Summe den Werth des Grundstücks übersteigt; vielmehr muß in diesem Falle der Gläubiger sein Recht auf dem im § 893 vorgezeichneten Wege zu erreichen suchen. Begemann, BuschsZ. **26** 97.

2. Unter § 887 fällt die Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen. Der Verkäufer hat die freie Wahl, ob er zutreffenden Falles von dem Rechte der Hinterlegung oder des Selbsthülfeverkaufs Gebrauch machen oder die Vollstreckung der Abnahme gemäß § 887 betreiben will. Schöninger, WürttZ. **12** 272 ff. Vgl. u. Ziff. 3 zu § 894.

3. Das Urtheil, durch das der Beklagte verurtheilt worden ist, dem Kläger an Stelle der auf dessen Grundstück haftenden Hypotheken eine andere Hypothek zu verschaffen, ist nur dann nach § 887 vollstreckbar, dafern nach Lage des konkreten Falles der Schuldner in der Lage ist, die Hypothekengläubiger zur Aufgabe ihrer Rechte zu zwingen. Der Gläubiger hat die Möglichkeit nachzuweisen. **RG.** JW. **01** 366.

4. Aus einem Urtheile, das den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, findet keine Zwangsvollstreckung nach §§ 887, 888 statt. **RG. 48** 398.

5. Das Urtheil auf Lieferung von elektrischem Strome ist nach § 887 zu vollstrecken. OLG. 2 223 (Naumburg).

6. Grundsätzlich ist dem Schuldner eine billige Frist zur Ausführung des Urtheils zu gewähren und daher die Vollstreckung abzulehnen, wenn der Schuldner sich um die Erfüllung seiner Urtheilspflicht bemüht zeigt und von dem Eingreifen eines Anderen im Wege der Zwangsvollstreckung ein Nutzen nicht zu erwarten ist. OLG. 2 128 (Königsberg).

7. Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Sicherheitsleistung.

a) Das Urtheil auf Sicherheitsleistung (WO. § 29) ist nach § 887 zu vollstrecken. Es steht die Verpflichtung zur Leistung einer Handlung in Frage, auch wenn Gläubiger oder Schuldner die Hinterlegung von Geld wählen sollten.

Der Gläubiger hat, da das Urtheil nur auf Leistung von Sicherheit in Höhe von 400 M. lautet, nach erfolgter Ermächtigung in sinngemäßer Anwendung von § 264 BGB. die Wahl zwischen den verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung. OLG. 3 156 (KG.). Dagegen:

b) Die Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Baarhinterlegung erfolgt nicht nach § 887, sondern nach § 803. OLG 1 44 (Posen).

Wie KG.: Petersen-Anger, Gaupp-Stein u. A.

Wie OLG. Posen: Hellwig, Anspruch 349, Struckmann-Koch u. A.

8. Die Vollstreckung der Verurtheilung zur Vornahme einer Handlung setzt voraus, daß die Handlung bestimmt bezeichnet ist. Es genügt diesem Erfordernisse nicht die Verurtheilung, den auf dem Eigenthume der Klägerin errichteten Neubau zu beseitigen. OLG. Posen, Seuff. A. **56** 253.

9. Da die Vornahme von Handlungen im Wege der gerichtlichen Vollstreckung nicht direkt erzwungen werden kann, ist auch die Selbsthülfe durch direkte Erzwingung von Handlungen unzulässig. Dem Gläubiger steht das Recht zu, im Falle der Selbsthülfe auch ohne Ermächtigung des Gerichts die Handlung vornehmen zu lassen, er müßte aber seine Maßregel durch eine einstweilige Verfügung bestätigen lassen.

Im Allgemeinen ist eine besondere Selbsthülfe wegen eines Rechtes auf vertretbare Handlungen überflüssig. Heyer, A.bürgR. **19** 73.

§ 888. I. Abs. 1. 1. Die Entscheidung hat durch Beschluß zu erfolgen. Ist sie zu Unrecht durch Urtheil erfolgt, so liegt materiell Beschluß vor, daher ist die Beschwerde das zulässige Rechtsmittel. **RG.** JW. **02** 272.

2. Ist der Schuldner zu der ihm obliegenden Leistung (Rechnungslegung) nicht im Stande, so kann ein Zwang nach § 888 nicht erfolgen, selbst wenn die Unmöglichkeit durch ihn selbst verschuldet sein sollte. OLG. Jena, ThürBl. **47** 340.

3. a) Die Annahme, daß eine Handlung nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist, genügt, um die Anwendbarkeit des § 888 auszuschließen, ohne daß zu prüfen wäre, ob die Unmöglichkeit, die Leistung zu bewirken, auf einem schuldhaften Verfahren des Schuldners beruht oder nicht.

b) Voraussetzung der Bestimmung im § 888 ist weiter, daß die Handlung, deren Vornahme dem Beklagten obliegt, mindestens so genau umschrieben ist, daß das Gericht zu ermessen in der Lage wäre, welche Strafe erforderlich sei. Daher kann auf Grund der Verurtheilung des Beklagten, alle seine Erfindungen und Neukonstruktionen der Klägerin zur Verfügung zu stellen, eine Vollstreckung nach § 888 nicht stattfinden, denn diese Verurtheilung ist zu unbestimmt. OLG. Frankfurt, R. **02** 560 (vgl. o. Ziff. 4 zu § 883).

4. Die Zwangsvollstreckung aus einem Urtheile, das den Beklagten zur Ausstellung und Uebergabe von Wechselakzepten verurtheilt, erfolgt nach § 888. SächsOLG. **21** 282.

5. **Unter** § 888 fällt die Ausstellung eines Zeugnisses. OLG. **4** 58 (Hamm).

Nicht dagegen die Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung. **RG.** JW. **01** 307.

6. Ein Urtheil, durch das der Mann verurtheilt wird, die Zustimmung der Frau zur Belastung eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks zu beschaffen, ist nach § 888 zu vollstrecken. Zur Erreichung der Zustimmung kann er zunächst seinen Einfluß als Mann gegenüber der Frau geltend machen, um auf gütlichem Wege die Zustimmung zu erlangen. Versagt dieses Mittel, so steht ihm der Weg offen, die Ersetzung der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 1447 BGB. zu beantragen. OLG. **4** 367 (Posen).

7. Die Vollstreckung eines **Urtheils**, wonach sich die Beklagten als Miteigenthümer eines bestimmten Grundstücks im Grundbuch einzutragen haben, kann mit Rücksicht auf die Bestimmungen in §§ 792, 896 nach § 887 erfolgen. Seuff. A. **56** 254 (Braunschw.).

8. Die Substituirung einer Haftstrafe an Stelle der Geldstrafe ist unzulässig, denn der § 888 sieht eine derartige Substituirung nicht vor. LG. Graudenz, PosMschr. **02** 47.

9. Eigentliche Selbsthülfe ist bei den unter § 888 fallenden Handlungen undenkbar. Heyer, AbürgR. **19** 73.

II. Abs. 2. Ueber die Tragweite des Erfüllungszwanges bei Dienstleistungen handelt Fuld, Puchelts Z. **33** 501 ff.

Wenn das Gesetz im Gegensatze zu der Regel, daß im modernen deutschen Rechte der unmittelbare Erfüllungszwang grundsätzlich zulässig ist, die Unzulässigkeit dagegen die Ausnahme bildet, im § 888 Abs. 2 die Realexekution für bestimmte Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen untersagt, so liegt hierin allerdings eine Durchbrechung der generellen Regel; allein darum kann man die betreffende Vorschrift noch nicht als Ausnahmebestimmung im technischen Sinne qualifiziren, bei deren Anwendung und Auslegung mit größter Vorsicht verfahren werden müsse.

Der § 888 enthält nicht materielles, sondern prozessuales Recht. Als prozessuale Vorschrift findet der § 888 nicht auf jede im Zwangswege zu bewirkende Erfüllung Anwendung, sondern nur auf diejenige, die der CPO. untersteht. Der § 888 steht in keinem unmittelbaren Zusammenhange mit Art. 95 EG. z. BGB.: Der ordentliche Richter darf nach § 888 in keinem Falle die Erfüllung eines auf Leistung von Diensten gerichteten Urtheils durch Geld- oder Freiheitsstrafen erzwingen, und es ist hierfür vollkommen gleichgültig, ob der Dienstvertrag, um dessen Erzwingung es sich handelt, reichsrechtlich oder landesrechtlich geregelt ist. Das Reich hat zwar der Landesgesetzgebung die Regelung der Gesindeverhältnisse im Allgemeinen überlassen. Gleichwohl kann der ordentliche Richter den vertragsbrüchigen Dienstboten, der zu der Erfüllung des Dienstvertrags verurtheilt worden ist, nicht zu der Befolgung des Urtheils durch die in der CPO. vorgesehenen Geld- und Haftstrafen anhalten, und der Inhalt der betreffenden Landesgesetze über den Gesindevertrag ist demgegenüber gleichgültig, denn der Vorbehalt, der dem BGB. gegenüber zu Gunsten fortdauernder Geltung des Gesinderechts gemacht worden ist, ist nicht auch der CPO. gegenüber gemacht worden, und daher steht § 888 einem Realzwange des Civilrichters behufs Herbeiführung der Vertragserfüllung entgegen. Das gilt auch für den Vertragsbruch landwirthschaftlicher Arbeiter.

Dagegen kann die Rechtsgültigkeit von Bestimmungen, die den Kontraktbruch mit Strafe bedrohen, nicht unter dem Gesichtspunkte des § 888 angezweifelt werden. Allerdings ist aber die Frage, ob die Landesgesetzgebung eine Strafe oder ein Zwangsmittel im Auge hat, nicht lediglich danach zu entscheiden, ob in den betreffenden Landesgesetzen das Wort „Strafe" gebraucht ist. Es muß vielmehr auf die Feststellung des gesetzgeberischen Willens zurückgegriffen und der Zusammenhang der die Strafe androhenden Vorschriften mit den übrigen Bestimmungen festgestellt werden. Im Allgemeinen ist festzustellen, daß — wenigstens in den der letzten Zeit angehörigen Gesetzen — die Landesgesetzgebung die Kriminalisirung beabsichtigt hat.

Einer landesgesetzlichen Bestimmung, die die Zwangszurückführung vertragsbrüchigen Gesindes bzw. vertragsbrüchiger landwirthschaftlicher Arbeiter vorsieht, steht § 888 nicht entgegen.

§ 889. 1. Ist dem zur Leistung des Offenbarungseids verurtheilten Schuldner vor der Leistung ein Pfleger bestellt worden, so ist dieser zur Eidesleistung an Stelle des Schuldners verpflichtet. Der Eid ist alsdann als Ueberzeugungseid zu formuliren. OLG. **4** 156 (KG., vom RG. bestätigt).

Anders OLG. **1** 462 (Hamburg), wo die Verpflichtung des Pflegers verneint wird.

2. Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids kann sich der Gläubiger dadurch sichern, daß er den flüchtigen Schuldner festnimmt. Heyer, A.bürgR. **19** 73.

§ 890. 1. Die Strafe des § 890 ist nicht eine Sühne begangenen Unrechts, sondern ein Zwangsmittel zur zukünftigen Befolgung der Unterlassungspflicht. Sie darf daher nicht mehr ausgesprochen werden, wenn nichts mehr zu erzwingen ist, insbesondere wenn das Recht, zu dessen Schutze der Zwang dienen soll, erloschen ist. In diesem Falle steht dem Gläubiger, dessen Recht vor seinem Fortfalle durch verbotene Handlungen des Schuldners verletzt worden ist, nur der Anspruch auf Schadensersatz zu; ein berechtigtes Vermögensinteresse an der Bestrafung des Schuldners hat er nicht mehr. Auch aus dem Gesichtspunkte der Verletzung der richterlichen Autorität rechtfertigt sich die Bestrafung nicht. OLG. **1** 91 (KG.).

2. Wenn auch eine auf Grund des § 890 festgesetzte Strafe die Eigenschaft einer wirklichen zur Staatskasse fließenden Strafe hat, so handelt es sich doch bei der Auswerfung einer solchen Strafe nicht um die Ahndung einer in einem Strafgesetze mit Strafe bedrohten Handlung, und insbesondere kann nicht etwa der Antrag des Gläubigers auf Festsetzung der Strafe in eine Linie mit dem zur Verfolgung gewisser Handlungen erforderlichen Strafantrage gestellt werden, so daß dann (§ 64 StrGB.) der Antrag auf Bestrafung nur so lange zurückgezogen werden könne, als das Prozeßgericht die Bestrafung noch nicht verfügt habe. Die Verurtheilung zur Strafe ist vielmehr in erster Linie ein vom Prozeßgericht auf Antrag des Gläubigers gegen den Schuldner vorgenommener Akt der Zwangsvollstreckung, es haben daher darauf die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über das Civilprozeßverfahren und die Zwangsvollstreckung insbesondere Anwendung zu finden. Danach ist der Gläubiger wenigstens so lange, als der die Strafe festsetzende Gerichtsbeschluß noch nicht rechtskräftig geworden ist, zur Zurücknahme des Antrags berechtigt, nicht minder können auch die Parteien das Ruhen des Verfahrens während eines bestimmten Zeitraums vereinbaren dergestalt, daß das Gericht an diese Vereinbarung gebunden ist. Seuff. A. **57** 247 (Dresden).

3. Die angedrohte Strafe bildet nur die höchste Grenze für die seinerzeitige Verurtheilung. OLG. **1** 245 (Colmar).

4. Die Vorschrift sieht die Umwandelung einer uneinbringlichen Geldstrafe in Haft nicht vor, aber je nach den Umständen wird, wenn sich die Unwirksamkeit eines Verbots durch einstweilige Verfügung deshalb ergiebt, weil auf die Zuwiderhandlung Geldstrafe angedroht und der Zuwiderhandelnde vermögenslos ist, alsdann die Einwirkung einer anderweiten Strafandrohung in Frage gezogen werden können. OLG. **2** 224 (Karlsruhe).

5. Die Verurtheilung, Erschütterungen und Geräusche über ein bestimmtes Maß hinaus zu unterlassen, kann vollstreckt werden. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 1097.

6. Der Erlaß der Strafandrohung im § 890 Abs. 2 erfordert nicht den Nachweis eines dem Schuldtitel widerstrebenden Verhaltens des Schuldners. OLG. **1** 481 (Posen).

7. Eine auf Grund des § 890 auferlegte Geldstrafe ist kein bloßes Zwangsmittel, sondern eine Ordnungsstrafe, nämlich die Vergeltung für die Zuwiderhandlung gegen das ergangene gerichtliche Verbot. Strafen aber vollstreckt ein jeder Staat grundsätzlich nur dann, wenn sie von seinen eigenen Behörden festgesetzt sind. Dies gilt, gleichviel ob die Strafe in einem förmlichen Strafverfahren oder ob sie in einem Rechtsstreit auferlegt wurde. Daher ist ein Ersuchen ausländischer Behörden um Vollstreckung der Ordnungsstrafen ausgeschlossen. SächsAnn. **23** 377.

8. Die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, kann nicht im Wege der Selbsthülfe erzwungen werden. Auch die zu erkennende Geld- und Haftstrafe darf der Gläubiger nicht durch Selbsthülfe sichern, da es sich um eine öffentliche Strafe, nicht um einen privaten Anspruch handelt. Heyer, A.bürgR. **19** 73. S. auch zu BGB. § 229.

§ 891. Entscheidet das Beschwerdegericht auf einen Antrag nach §§ 887 bis 890, so gilt nicht die für die Entscheidung des Prozeßgerichts maßgebende Vorschrift des § 891, sondern § 573. Seuff. A. **57** 479 (Dresden).

§ 892. Die Verpflichtung zu einer Duldung kann im Wege der Selbsthülfe direkt erzwungen werden, da es eine direkte Zwangsvollstreckung in diesem Falle giebt. Heyer, A.bürgR. **19** 74. S. o. zu § 890 Note 8.

§ 894. I. 1. Hellwig, Anspruch 445 ff.: Die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung als solcher enthält nur eine Entscheidung über einen Anspruch. Gegenstand ist die privatrechtliche Forderung auf Abgabe der Willenserklärung, neben der auch noch andere Leistungen zum Eintritte des gewünschten Rechtserfolges erforderlich sein können. Der Inhalt der Verurtheilung ist der Befehl zur Leistung, und in diesem Befehl ist enthalten die Beziehung des Anspruchs auf den durch die Willenserklärung herbeizuführenden Rechtserfolg. Es spricht weder den von der Willenserklärung abhängigen Rechtserfolg als eingetreten aus, noch enthält es den Ausspruch, daß die Erklärung als abgegeben gelten soll. Der Prozeßrichter hat lediglich die Existenz dieses Anspruchs zu prüfen; die Frage der Vollstreckbarkeit bleibt hierbei völlig außer Betracht. Die Wirkung des Urtheils besteht in der sog. materiellen Rechtskraft, d. h. in der Unbestreitbarkeit der Feststellung, daß der Verurtheilte zur Abgabe der Willenserklärung verpflichtet ist, und in dem Leistungsbefehle, der (anders als beim Feststellungsurtheil) einen Vollstreckungstitel schafft. Eigenthümlich ist nur die Art der Zwangsvollstreckung; diese bethätigt sich nicht in einer äußeren Handlung der Vollstreckungsorgane. Mit dem Eintritte der Rechtskraft „ersetzt" das Urtheil die Willenserklärung ebenso wie nach § 897 die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher mit der Uebergabe durch den Eigenthümer gleichwerthig ist. Entsprechend hat bei der im Wege der Wiederaufnahme erfolgenden Aufhebung des Urtheils der Beklagte nur eine Forderung auf Rückgängigmachung des Rechtserfolges (451). Das Urtheil ist daher kondemnatorisch, und zwar nicht bloß

scheinbar, und die Klage ist eine Leistungsklage. Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich in den Fällen, in denen die Vollstreckungsfähigkeit nicht bereits mit der Rechtskraft des Urtheils eintritt: § 894 Abs. 1 Satz 2 (Ertheilung der Vollstreckungsklausel entweder durch Nachweis mit Hülfe von öffentlichen Urkunden oder durch Klage, § 731; Vollstreckungswirkung im zweiten Falle mit der Rechtskraft des zweiten Urtheils). Ist der Schuldner nach seiner Wahl zu dieser oder jener Willenserklärung (BGB. § 264) verurtheilt worden, so kann die Vollstreckungswirkung nicht mit der Rechtskraft eintreten. Der Gläubiger muß nach Analogie des § 726 I handeln. Es ist also der Entscheidungsakt und der Vollstreckungsakt zu unterscheiden. Dies zeigt sich auch bei ausländischen Urtheilen, deren Rechtskraft im Inland anerkannt ist. Es bedarf hier trotz § 894 eines Vollstreckungsurtheils. Auch der Schiedsspruch hat nicht die Wirkung des § 894 (Vollstreckungsurtheil erforderlich), ebensowenig der Prozeßvergleich (vollstreckbare Ausfertigung nöthig), und die Vereinbarung nach § 97 FrGG. (Vollstreckungsklausel erforderlich). Für den Rechtserwerb, der durch die Ersetzung der Willenserklärung gemacht wird, gilt nicht das Recht der Zwangsverfügungen, sondern das Recht der rechtsgeschäftlichen Verfügungen, da es nach §§ 894, 897 so anzusehen ist, als ob die Rechtswirkung durch Rechtsgeschäft herbeigeführt sei (§ 898).

2. Die Klage auf „Verurtheilung" zur Abgabe einer Willenserklärung ist nicht Leistungsklage, sondern Bewirkungsklage. Im Falle des Abs. 1 Satz 2 tritt (entgegen dem Wortlaute des Gesetzes) die im Satz 1 bezeichnete Wirkung des Urtheils bereits mit dessen Rechtskraft ein, nur wird dessen Realisirbarkeit, Verwerthbarkeit bis zur Ertheilung der Vollstreckungsklausel aufgehalten. Langheineken, Urtheilsanspruch 252 ff., 258 ff.

3. Schöninger, WürttJ. 12 254 ff.: Die Vollstreckung von Urtheilen bei Klagen aus Kauf nach dem BGB. Lautet das Urtheil, der beklagte Verkäufer habe dem Kläger das Eigenthum des Grundstücks X. zu übertragen, so gilt die zur Einigung erforderliche Willenserklärung des Beklagten mit der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben. Damit ist aber der Vorschrift des § 929 BGB. noch nicht gedient, wonach die Erklärung vor der Behörde abzugeben ist (Auflassung). Die Auflassung erfolgt vielmehr in der Weise, daß der Käufer vor dem Grundbuchamt erscheint, hier seinen Auflassungswillen erklärt und gleichzeitig das die Erklärung des Verkäufers vertretende rechtskräftige Urtheil vorlegt (258).

Die Auflassung enthält von selbst auch die Eintragungsbewilligung des Veräußerers. Daraus folgt, daß ein Urtheil, welches den Beklagten verpflichtet, dem Käufer das Eigenthum eines bestimmten Grundstücks zu übertragen, nur zu lauten hat: Der Beklagte ist verpflichtet, mit dem Kläger die Auflassung vorzunehmen oder das Grundstück aufzulassen.

Ein Urtheil, das den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigenthum des verkauften Grundstücks zu übertragen, ist vorläufig vollstreckbar hinsichtlich der Eintragung im Grundbuche, sofern auf Grund erklärter vorläufiger Vollstreckbarkeit gemäß § 895 eine Vormerkung bewirkt werden kann; dagegen ist es nicht vorläufig vollstreckbar hinsichtlich der Auflassung, die erst nach eingetretener Rechtskraft in Gemäßheit des § 894 erfolgt (260).

Die nach § 439 dem Verkäufer weiter obliegende Verpflichtung, dem Käufer die Sache zu übergeben, hat Bedeutung nur für den Verkauf von Grundstücken, da sie in diesem Falle nicht schon ein Erforderniß des Eigenthumserwerbes bildet. Daher ist der Verkäufer neben der Verschaffung des Eigenthums auf Antrag des Käufers auch zur Uebergabe zu verurtheilen (261).

Bei Verurtheilung Zug um Zug hat der Kläger im Falle vorläufiger Vollstreckbarkeit schon, um die Uebergabe des Besitzes auf Grund der vorläufigen Voll-

streckbarkeit erzwingen zu können, seine volle Gegenleistung zu bewirken. Anders beim Antrag auf Eintragung einer Vormerkung nach § 895 (262).

Bei Verurtheilung zur Eigenthumsverschaffung an einer beweglichen Sache kann die Sache beim Ausspruch vorläufiger Vollstreckbarkeit durch den Gerichtsvollzieher nach § 897 weggenommen werden. Der Eigenthumsübergang tritt mit der Rechtskraft ein (264.)

Bei Verurtheilung Zug um Zug hat der Käufer, wenn er die Vollstreckung der Sachübergabe nach § 897 betreiben will, die Gegenleistung vollständig zu bewirken (266).

4. Bei Verurtheilung des Schuldners zur Abgabe einer Willenserklärung oder zur Uebertragung des Eigenthums oder eines dinglichen Rechtes gelten zufolge positiver Bestimmung das rechtskräftige Urtheil, die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher als volles Surrogat für die rechtsgeschäftliche Verfügung des Schuldners auch in Bezug auf die Wirkung der bona fides beim Rechtserwerbe. Mannhardt, HansGerZ. 00 78 ff.

II. 1. Mit der rechtskräftigen Verurtheilung zur Ertheilung einer löschungsfähigen Quittung gilt die Quittung als ertheilt. Der Grundbuchrichter hat daher auf Grund des Urtheils und des Nachweises der Legitimation des Verurtheilten zur Quittungsertheilung zu löschen. **RG.** JW. 01 308.

2. Nach § 894 gilt, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Damit ist zugleich bestimmt, daß insoweit kein Zwang gegen den Schuldner stattfindet. Diese Bestimmung ist zwingenden Rechtes, so daß das Gericht nichts daran ändern kann. Ist die Verurtheilung des Schuldners auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet, so ist eine Zwangsvollstreckung aus dem rechtskräftigen Urtheil auch dann ausgeschlossen, wenn das Gericht bei Fällung des Urtheils der gegenseitigen Meinung gewesen ist.

Der Grund der Vorschrift des § 894 ist der, daß der Zwang zur Erklärung den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen würde. Da das rechtskräftige Urtheil die Erklärung des Schuldners ersetzt, verlangt der Gläubiger sofort mit der Rechtskraft Alles, was er vom Schuldner verlangen kann. Damit ist seinen Zwecken genügt. SächsAnn. 23 550.

3. Auch wenn es sich um Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 894 handelt, ist eine Vollstreckung des Anspruchs darauf nicht als unmöglich und die Ertheilung einer Vollstreckungsklausel für diesen Anspruch nicht als unstatthaft zu erachten; denn die Fiktion des Gesetzes, daß eine Willenserklärung unter der im § 894 angegebenen Voraussetzung als abgegeben gilt, ist eine Zwangsvollstreckung. OLG. 4 142 (KG.).

4. Der § 894 ist auf Verurtheilungen mit dem Vorbehalte des § 780 überhaupt nicht anwendbar. Es ist vielmehr in einem solchen Falle die Einleitung einer förmlichen Zwangsvollstreckung erforderlich. **RG.** 49 415

5. Die Verurtheilung des Beklagten, eine bestimmte Zessionsurkunde in gerichtlich oder notariell beglaubigter Form auszustellen oder die Abtretungserklärung in sonstiger genügender Form zu ertheilen, fällt unter § 894. OLG. 1 364 (Rostock).

6. Ebenso die Verurtheilung zur Ausstellung einer löschungsfähigen Quittung. **RG.** JW. 01 307.

7. Ebenso die Verurtheilung eines Versicherten, die bestehende Versicherung gegen Feuersgefahr durch Ausfüllung und Vollziehung eines ihm von der Versicherungsgesellschaft zustehenden Antrags zu erneuern. SächsAnn. 23 550.

III. Die direkte Selbsthülfe in Verpflichtungen zur Abgabe von Willenserklärungen ist unzulässig. Eine solcherweise erzwungene Willenserklärung wäre

ohne Weiteres anfechtbar. Das Vorhandensein der Voraussetzungen rechtmäßiger Selbsthülfe könnte die Rechtswidrigkeit der Drohung nicht beseitigen, da das Verfahren ein unrechtmäßiges war. Heyer, A.bürgR. 19 75. S. oben zu § 890 Note 8.

§ 895 s. oben zu §§ 883 ff. BGB. (Othmer).

Vierter Abschnitt.

Offenbarungseid und Haft.

§ 899. 1. Der Schuldner, der zur Verbüßung einer Freiheitsstrafe in eine Strafanstalt gebracht ist, ist zur Leistung des Offenbarungseids vor das Gericht des Ortes zu laden, wo er vor seiner Verhaftung seinen Wohnsitz gehabt hat. Durch die Unterbringung in der Strafanstalt ist der Wohnsitz nicht aufgehoben. LG. Dresden, R. **01** 100.

2. Es steht nicht im Belieben des Gläubigers, den Streitwerth für das Verfahren betreffend Abnahme des Offenbarungseids dadurch beliebig herabzusetzen, daß er den Schuldner nur für einen Theil der thatsächlich ganz oder in einem höheren Betrag einzutreibenden vollstreckbaren Forderung zur Leistung des Offenbarungseids laden läßt. LG. Elberfeld, R. **00** 466.

3. Die Terminsbestimmung darf nicht deswegen abgelehnt werden, weil der Schuldner den Offenbarungseid bereits geleistet hat. LG. Elberfeld, R. **00** 237; LG. Dresden, R. **01** 413.

4. Eine Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 148 ist unstatthaft. Denn das Verfahren zur Leistung des Offenbarungseids ist ein Zwangsvollstreckungsverfahren und hat daher so lange seinen Fortgang zu nehmen, als nicht die Voraussetzungen für die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 745 vorliegen. Seuff. A. **56** 40 (Dresden).

5. Ueber die Frage, ob die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids auch im Arrestverfahren besteht, vgl. die Bemerkungen oben zu § 807.

§ 900. 1. Die Ladungsfrist von drei Tagen muß gemäß § 217 gewahrt werden. Wenn sich § 217 auch zunächst nur auf die Ladung zu einem Termine zur mündlichen Verhandlung bezieht, so kann es doch auch im Falle der Erhebung des Widerspruchs zur mündlichen Verhandlung kommen. OLG. **3** 443 (Celle). (Gemeine Meinung.)

2. Zu der kontroversen Frage, ob der Richter bereits bei Ansetzung des Termins die Voraussetzungen der Eidesverpflichtung zu prüfen hat, äußern sich:

a) Bülow, Buschs Z. **30** 80 ff.: Trotz der Aenderungen, die § 900 durch die Novelle erlitten hat, kann eine Prüfung der Urtheilszustellung (§ 750) und des Nachweises erfolgloser Pfändung (§§ 80 f.) erst im Termine zur Leistung des Offenbarungseids erfolgen. Dies ergiebt sich insbesondere aus dem Charakter dieser Prüfungspunkte als Prozeßvoraussetzungen und der Erwägung, daß das Prozeßrechtsverhältniß erst mit der Zustellung der Ladung an den Schuldner begründet ist. Erst hiermit beginnt das „Verfahren" (§ 900), nicht zu verwechseln mit der „Vollstreckung" (= Vollstreckungsakt) im § 750.

b) Dagegen die herrschende Meinung; vgl. auch LG. Hanau, R. **02** 297.

Ferner Heuer, DJZ. **00** 69: Der Antrag auf Abnahme des Offenbarungseids bezieht sich auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, fällt also unter § 766. Da die Abnahme des Eides eine Art der Zwangsvollstreckung ist, welche mit der Ladung beginnt, nach § 750 jede Zwangsvollstreckung erst beginnen darf, wenn die Personen namentlich bezeichnet sind und das Urtheil bereits zugestellt ist, so darf auch die Ladung des § 900 Abs. 1 erst vorgenommen werden und der Richter zu diesem Zwecke Termin ansetzen, wenn ihm diese nothwendigen Voraussetzungen dargethan sind.

3. Abs. 3. Ist ein schriftlicher Widerspruch des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids beachtlich?

a) Bejaht von Heuer, HansGerZ. **00** 65; LG. Dresden, R. **00** 420.

b) Verneint von der herrschenden Ansicht (Petersen-Anger, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch); vgl. auch OLG. **3** 335 (Hamburg): Das persönliche Erscheinen des Schuldners im Termine zur Leistung des Offenbarungseids ist zu fordern und bei seinem Ausbleiben einem vorher von ihm eingereichten schriftlichen Widerspruche keine Beachtung zu schenken. Dies ergab sich nach der Fassung des früheren § 781 schon daraus, daß über den Widerspruch durch Urtheil zu entscheiden war, was eine vorgängige mündliche Verhandlung voraussetzte, die im jetzigen § 900 vorgeschriebene Entscheidung über den Widerspruch durch Beschluß nach den Motiven aber nur Verschleppungsversuchen des Schuldners vorbeugen will, ohne den Grundsatz, daß der Schuldner persönlich zu erscheinen hat, aufzugeben, wie denn auch nicht nur der neue § 901 unverändert den alten § 900 wiedergiebt, sondern auch durch die neue Bestimmung des § 900, daß die Anwesenheit des Gläubigers im Termine nicht erforderlich ist, auf das Erforderniß des persönlichen Erscheinens des Schuldners noch besonders hingewiesen wird.

4. Die rechtskräftige Verwerfung des Widerspruchs erstreckt sich nur auf diejenigen Widerspruchsgründe, die vor Erlassung des Beschlusses vorgebracht sind. Ein neuer Widerspruch ist noch nach rechtskräftiger Verwerfung des früheren Widerspruchs möglich. OLG. **5** 135 (Hamburg).

5. Die Anordnung der Eidesleistung vor Eintritt der Rechtskraft des zweiten Beschlusses setzt voraus, daß der erste Widerspruch demselben Gläubiger gegenüber erfolgt ist. LG. Dresden, Buschs Z. **28** 326.

6. Hat eine mündliche Verhandlung nicht stattgefunden, so läuft die Beschwerdefrist gegen den über den Widerspruch des Schuldners ergehenden Beschluß vom Tage der von Amtswegen zu erfolgenden Zustellung des Beschlusses an. Seuff. A. **57** 249 (Kiel).

§ 901. 1. Nach Heuer, HansGerZ. **00** 65 soll der Antrag auf Anordnung der Haft nicht schriftlich gestellt werden können. Anders die herrschende Meinung, insbesondere auch die Praxis.

2. LG. Dresden, R. **00** 466: Für den Schuldner, der den Termin zur Leistung des Offenbarungseids versäumt hat und gegen den deshalb die Haft angeordnet worden ist, kommen vielerlei Rechtsbehelfe in Frage:

a) die fortgesetzte Vertheidigung gegen die Schuldforderung je nach Lage des Falles durch Einspruch, Rechtsmittel und Einwendungsklage in Verbindung mit dem Gesuche, die Zwangsvollstreckung einzustellen;

b) der noch nachträglich und wiederholt zulässige Widerspruch gegen die Offenbarungspflicht mit Gesuch um einstweilige Einstellung zum Zwecke des Offenbarungszwanges;

c) die sofortige Beschwerde gegen den Haftbefehl wegen Mangels seiner besonderen Voraussetzungen; ohne Einstellungsgesuch, aber mit Befugniß des Gerichts zu entsprechender Entscheidung von Amtswegen nach § 572;

d) die Erinnerung gegen den unmittelbar bevorstehenden Haftvollzug gemäß § 766 nebst dem dort gedachten einstweiligen Schutzmittel.

3. Vgl. jedoch dasselbe Gericht ebenda: Der Schuldner kann den Vollzug der Haft nur dadurch abwenden, daß er den Eid (vor oder nach der Verhaftung) leistet. Die Erhebung des Widerspruchs ist nur in dem Termine zuzulassen, der zur Eidesleistung ansteht. Das nachträgliche Widersprechen des Schuldners ist nicht zu beachten.

4. Die Anordnung der Haft gegen den seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids bestreitenden Schuldner ist mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar. Die Frist für sie läuft, auch wenn der Haftbefehl in Gegenwart des Schuldners verkündet ist, erst von der Zustellung desselben. OLG. Hamburg, R. **00** 195.

5. Auch wenn der Schuldner in Folge von Krankheit am Erscheinen verhindert ist, ist Haftbefehl gegen ihn zu erlassen. LG. Dresden, R. **01** 413.

6. Legt der Schuldner im Termin ein Vermögensverzeichniß nicht vor, so ist dies als Verweigerung des Eides anzusehen und Haftbefehl zu erlassen. Eine Verpflichtung des Richters, das Vermögensverzeichniß im Termine zu Protokoll zu nehmen, besteht nicht. LG. Bromberg, PosMschr. **02** 180.

§ 902. Der trotz des Erlasses eines Haftbefehls nicht verhaftete Schuldner kann die Abnahme des Offenbarungseids nicht verlangen. Mit Anberaumung eines neuen Termins würde man dem Gläubiger sein Recht auf Verhaftung entziehen. Könnte der Gläubiger jederzeit Abnahme des Eides verlangen, so brauchte er sich an die ursprüngliche Terminsanberaumung nicht zu kehren. Setzt aber das Gericht einen neuen Termin von Amtswegen an, so setzt es damit den Haftbefehl außer Kraft, und der Gläubiger hätte zu erwarten, daß der Schuldner in dem neuen Termine wiederum nicht erscheint. Ist der Gläubiger mit der nachträglichen Eidesabnahme einverstanden, so hat er den Schuldner neu zu laden. Epstein, DJZ. **02** 271.

§ 903. 1. Aus der Fassung des § 903 und seiner Stellung, insbesondere hinter dem § 901, ist zu entnehmen, daß auch der § 903 im öffentlichen Interesse zur Verhütung unnöthiger zahlreicher Eidesleistungen und Verhaftungen erlassen wurde. Es muß daher eine Berücksichtigung der erst nach der Haftanordnung geltend gemachten früheren Eidesleistung, solange nicht formale Rechtskraft des Haftbefehls eingetreten ist, stattfinden, also event. auch noch nach der Verhaftung. OLG. **1** 210 (Bamberg).

2. Der § 903 ist nicht dahin zu verstehen, daß dem Schuldner eine seiner Disposition unterliegende Einrede gegen den Anspruch eines Gläubigers aus §§ 807, 899 gegeben werde; die Bestimmung ist vielmehr vom Gerichte von Amtswegen zu beachten, da sie zwecklose und überflüssige Eidesleistungen vermeiden soll. OLG. **5** 136 (Braunschweig).

3. Gegen die Betonung des öffentlichen Interesses Gaupp-Stein § 726 I.

4. War das frühere Vermögensverzeichniß unvollständig, oder entsprach es in anderer Beziehung nicht den gesetzlichen Vorschriften, so kann sich der Schuldner auf die frühere Eidesleistung nicht berufen. OLG. **1** 401; **2** 358 (KG.).

§ 911. LG. Bromberg, PosMschr. **02** 166: a) Der Schuldner, der zur Erzwingung des Offenbarungseids verhaftet werden soll, kann den Einwand erheben, daß der Gläubiger den Verpflegungskostenvorschuß nicht eingezahlt habe. Die Vorauszahlung der Verpflegungskosten ist eine Voraussetzung für die wirksame Inhaftnahme.

b) Der mit dem Armenrechte versehene Gläubiger ist von der Vorschußpflicht befreit.

§ 915. Abs. 3. 1. Geiershöfer, R. **02** 316 wendet sich gegen die §§ 84, 93 der Bayr. Min.-V. vom 30. 12. 01, wonach die Einsicht des zum Manifestantenverzeichnisse geführten Namensverzeichnisses (Register) Rechtsanwälten und anderen Privatpersonen nur nach zuvoriger eingeholter Erlaubniß des Vorstandes des Amtsgerichts gestattet werden darf. Dieses Verbot ist mit der reichsgesetzlichen Vorschrift im § 915 Abs. 3 nicht vereinbar. Thatsächlich beseitigt das Verbot der Einsichtnahme des alphabetischen Registers bei Amtsgerichten mit größerer Bevölkerungszahl die Brauchbarkeit des Hauptverzeichnisses für das

Publikum vollständig. Der Zweck des § 915, dem geschäftlichen Verkehre die Namen der zum Offenbarungseide Geladenen zur Vermeidung von Schädigungen zugänglich zu machen, wird durch das ministerielle Verbot vollständig beseitigt. Wenn die CPO. die Führung eines Verzeichnisses für die Allgemeinheit anordnet, so versteht sie darunter selbstverständlich die Führung eines derartig zweckmäßig eingerichteten Verzeichnisses, daß es praktischer Benutzung zugänglich ist; wenn daher für den Fall des Bedürfnisses das Gericht angehalten wird, alphabetische Nachschlageverzeichnisse anzulegen, so müssen diese Verzeichnisse im Interesse der Zweckbestimmung des § 915 nicht nur ebenfalls, sondern in erster Linie dem Publikum offen gehalten werden. Die Aufhebung des Verbots muß daher gefordert werden.

2. a) Freudenthal, R. **02** 317 bekämpft die Praxis mancher Gerichte, Abschriften aus dem Verzeichnisse zu ertheilen, oder doch die Anfertigung von Abschriften, Auszügen, Notizen zu gestatten. Der Abs. 3 gestattet nur die Einsichtnahme, er verträgt keine ausdehnende Auslegung. Er stellt eine Ausnahme von § 299 Abs. 2 dar. Die Ertheilung von Abschriften widerspricht nicht nur dem Wortlaute, sondern auch dem Zwecke des § 915, denn der Einsichtnehmende kann keine solchen Befugnisse für sich beanspruchen, die dem Zwecke des Abs. 2 zuwiderlaufen würden. Dieser aber geht dahin, daß nach Verstreichen eines angemessenen Zeitraums der Schuldner von dem ihm durch die Eintragung seines Namens in die schwarze Liste anhaftenden Makel befreit werde. Würde aber dem Einsichtnehmenden gestattet, aus dem von ihm auf Grund jener Listen gemachten Aufzeichnungen sein Gedächtniß aufzufrischen, so würde er von ihnen auch noch lange nach Ablauf jenes Zeitraums Gebrauch machen können, und der Schuldner würde dauernder Bloßstellung preisgegeben sein.

b) Vgl. jedoch OLG. Frankfurt, R. **02** 268: Es ist nicht Sache der Rechtsprechung, darüber zu befinden, ob das durch § 915 Abs. 3 Jedermann gewährte Recht der Einsicht des in Abs. 1 bezeichneten Verzeichnisses auch das Recht umfaßt, Auszuge aus dem Verzeichniß anzufertigen. Nach § 299 Abs. 2 gehört es vielmehr zu den Befugnissen des Vorstandes des Gerichts, also der Justizverwaltung, dritten Personen, welche ein rechtliches Interesse glaubhaft machen, die Einsicht der Akten zu gestatten. Die Justizverwaltungen haben daher darüber zu befinden, ob der Antragsteller bei der ihm zu gestattenden Akteneinsicht sich auch Auszüge anfertigen darf.

c) Nach LG. Posen, PosMschr. **00** 111 können dritte Personen eine Abschrift über Auskunft nicht verlangen.

Dagegen wieder LG. Gnesen ebenda 191: Jeder Vollstreckungsgläubiger habe ein Recht auf Ertheilung einer Abschrift des einen früheren Offenbarungseid des Schuldners betreffenden Protokolls und Vermögensverzeichnisses.

Fünfter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. Abs. 1. 1. Die Ehefrau kann wegen der von ihrem Ehemanne nach § 1391 Abs. 1 wegen des eingebrachten Gutes zu leistenden Sicherheit nicht nur eine einstweilige Verfügung, sondern auch Arrest erwirken. Allerdings findet auf die Sicherheitsleistung des Ehemanns auch der § 232 BGB. Anwendung, wonach zwischen den verschiedenen möglichen Arten der Sicherheitsleistung der Verpflichtete die Wahl hat. Die hiernach freilich in Frage stehende Individualleistung des Ehemanns unterliegt aber bei der Zwangsvollstreckung dem § 887 Abs. 1, Satz 2. Es handelt sich sonach um einen Anspruch, der in eine Geldforderung übergehen kann. **RG.** Gruchots Beitr. **46** 655.

2. Der Gläubiger kann zur Sicherung der Befriedigung seines Anspruchs mehrfache Arreste und Pfändungen auf verschiedene Vermögensbestandtheile seines Schuldners, also gleichzeitig oder nach einander auf Immobilien, Mobilien, mehrere ausstehende Forderungen, erwirken. Eine Schranke findet diese Befugnis nur daran, daß weitere Arreste nicht mehr ausgebracht werden können, sobald der nämliche Anspruch durch den mit Arrest belegten Gegenstand bereits gedeckt ist. Daß dies der Fall ist, ist im Wege der Einrede seitens des Arrestbeklagten darzuthun. OLG. Frankfurt, R. 02 615.

3. Abs. 2. Wegen des bedingten Anspruchs des Beklagten auf Kostenersatz gegen den im Auslande wohnenden Kläger ist der Arrest unzulässig.

Abgesehen von dem Falle, wo ein Ausländer als Kläger auftritt oder wo der Kläger im Laufe des Rechtsstreits seine Eigenschaft als Deutscher verliert, ist kein Kläger verpflichtet, dem Beklagten eine Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten, auch dann nicht, wenn er im Auslande seinen Wohnsitz hat. Dieses Prinzip würde in letzterem Falle illusorisch werden, wenn es dem Beklagten gestattet sein sollte, im Laufe des Rechtsstreits auf dem Umwege des Arrestes von dem im Auslande wohnhaften Reichsangehörigen eine Sicherheitsleistung zu erzwingen. OLG. 5 138 (Hamburg).

§ 917. 1. Der Arrest soll nicht die Lage des Gläubigers verbessern, sondern nur eine wesentliche Verschlechterung desselben verhüten, er soll ihn gegen Handlungen des Schuldners oder unberechtigter Dritter oder Zufälle schützen, deren Eintritt wahrscheinlich ist, und seine Befriedigung gefährden. RG. JW. 00 393.

2. Arrestgrund. a) Es ist zur Anlegung eines Arrestes nicht nothwendig, daß eine Absicht des Arrestbeklagten, die Zwangsvollstreckung zu vereiteln oder zu erschweren, bereits vorhanden oder äußerlich bethätigt worden ist. Es genügt, wenn die Gefahr besteht, daß der Beklagte bei einer zu erwartenden, für ihn ungünstigen Wendung der Dinge, insbesondere im Verlaufe des gegen ihn anhängigen Strafverfahrens, Entschlüsse fassen und ausführen werde, wodurch die Befriedigung der Gläubiger gefährdet wird, — eine Folge, welche namentlich mit einer Flucht des Schuldners ins Ausland regelmäßig verknüpft sein wird. RG. JW. 01 723.

b) Kein genügender Arrestgrund ist die Absicht des Schuldners, sein Grundstück oder dessen Inventar zu verkaufen. Es tritt durch den erfolgten oder beabsichtigten Verkauf nicht ohne Weiteres eine Gefährdung oder Erschwerung der Zwangsvollstreckung ein, denn das Kaufgeld oder die Kaufgeldforderung tritt an die Stelle der Kaufsache, und an sie kann sich der Gläubiger halten. OLG. 4 162 (Königsberg).

c) Kein genügender Arrestgrund ist die Erklärung des an die Zahlung erinnerten Schuldners: „Wenn Sie mich verklagen, dann erhalten Sie nichts, dann verschiebe ich alle greifbaren Sachen." OLG. 4 162 (KG.).

d) Der Massegläubiger kann wegen der bloßen Möglichkeit der Vertheilung der flüssigen bzw. flüssig werdenden Massegelder unter die Konkursgläubiger, wie sie § 149 KO. vorschreibt, keinen Arrest ausbringen, solange kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß der Konkursverwalter nicht pflichtmäßig und gesetzmäßig, sondern böswillig verfahren werde. OLG. 4 162 (Oldenburg).

§ 919. 1. Für das Arrestverfahren ist das Gericht, bei dem die Hauptsache anhängig ist, zunächst auch das zuständige Gericht der Hauptsache. Eine abgesonderte Prüfung seiner Zuständigkeit für die Hauptsache ist in dem Arrestverfahren ausgeschlossen. Der spätere Ausspruch über die Zuständigkeit in dem Urtheil über die Hauptsache ist auch für den Arrest maßgeblich. RG. JW. 02 24.

2. Für die sachliche Zuständigkeit entscheidet der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. OLG. Naumburg, NaumbAK. **00** 18.

§ 920. Bei der Erwirkung eines Arrestes handelt es sich nicht nur um die Frage, ob, wenn dem Antragsteller das Recht, zu dessen Sicherung der Arrest beantragt wird, zusteht, dessen Gefährdung anzunehmen sei. Es ist nicht richtig, daß nur, wenn die Grundlosigkeit des Anspruchs klar zu Tage trete, und die Möglichkeit des Abfragens des Antragstellers gänzlich ausgeschlossen sei, dem Antrag auf Anordnung des dinglichen Arrestes aus diesem Gesichtspunkte nicht stattzugeben sein würde. Nach § 920 Abs. 2 ist der Anspruch glaubhaft zu machen. Dazu genügt nicht die Glaubhaftmachung der Thatsachen, auf die der Anspruch gestützt wird, vielmehr müssen diese Thatsachen substanziirt und schlüssig, also rechtlich geeignet sein, den Anspruch zu begründen. **RG.** JW. **02** 363.

§ 921. 1. Die Sicherheitsleistung ersetzt nur die Glaubhaftmachung, nicht die Begründung des Arrestgesuchs. **RG.** JW. **00** 393.

2. Das Gericht hat die Wahl, ob es die Entscheidung ohne Anhörung des Gegners oder nach Einholung schriftlicher Erklärung desselben oder nach mündlicher Verhandlung erlassen will. Diesem Wahlrecht entspricht jedoch die Verpflichtung des Gerichts, nur eine solche Wahl zu treffen, die den Umständen des Falles angemessen ist; sie darf sich namentlich nicht mit dem Zwecke des Arrestes, dem Gesuchsteller mit thunlichster Beschleunigung eine Sicherung der Zwangsvollstreckung zu verschaffen, in Widerspruch setzen. Ist dies der Fall, so steht dem Gläubiger das Recht der Beschwerde zu. OLG. Colmar, Buschs Z. **29** 238.

3. Die Sicherheitsleistung kann durch Bürgschaft erfolgen. Das Bürgschaftsverhältniß ist der Eigenart des Arrestes entsprechend auszugestalten. **RG.** JW. **02** 444.

§ 922. 1. a) Auch wenn der Arrest durch Beschluß auferlegt und der Gegner gar nicht gehört worden ist, sind ihm die Kosten aufzuerlegen. Der Umstand, daß der Gegner zur Zeit der Anordnung des Arrestes noch nicht am Verfahren betheiligt ist, hindert ebensowenig, ihm die Kosten aufzuerlegen, wie er im Mahnverfahren der Aufnahme einer Entscheidung dieses Inhalts in dem Zahlungsbefehl entgegensteht. OLG. **3** 212 (BayrObLG.); ebenso Gaupp-Stein (5); Seuffert a. a. O.; dagegen die herrschende Ansicht; **RG.** ThürBl. **27** 343.

b) Gegen den vorstehenden Beschluß Keidel, R. **02** 67: Das Gericht prüft nicht, was zwischen den Parteien Rechtens ist, sondern nur, ob der Bestand der angeblichen Forderung wahrscheinlich ist. Also kein Unterliegen des Arrestbeklagten, auch keine Fiktion einer Unterwerfung, wie beim Versäumnißurtheil oder Vollstreckungsbefehl. Eine Präsumtion, daß der Beklagte durch Unterlassung des Widerspruchs sich die Behandlung als unterliegender Theil gefallen lasse, ist weder gesetzlich aufgestellt, noch innerlich gerechtfertigt.

Gegen die Ansicht des BayrObLG. weiter Merck, JW. **02** 497 f.: Die Gründe, die für die Zulässigkeit einer Kostenentscheidung im Arrestbeschlusse vorgebracht zu werden pflegen, — Aehnlichkeit des Arrestverfahrens mit dem Mahnverfahren, Unmöglichkeit oder doch Schwierigkeit für den Antragsteller, zu seinen Kosten zu kommen, — sind mehr thatsächlicher als rechtlicher Natur. Einmal ist es bedenklich, durch Interpretation in ein Formalgesetz materiell-rechtliche Bestimmungen hineinzubringen. Die Aehnlichkeit des Mahnverfahrens mit dem Arrestverfahren ist nicht so groß, daß man aus jenem für dieses absolut sichere Schlüsse ziehen könnte. Der Arrestbefehl enthält im Gegensatze zum Zahlungsbefehle kein vom Gesetze bezüglich der Kosten aufgestelltes Präjudiz, keine Androhung der Zwangsvollstreckung und kann niemals ein vollstreckbarer Titel im

Sinne der CPO. werden. Sein Zweck ist, dem Antragsteller vorläufig Sicherheit zu verschaffen; ist dieser Zweck erreicht, so ist der Arrestbefehl gegenstandslos derart, daß man weiter aus ihm nicht, wie aus dem Vollstreckungsbefehle, Befriedigung erzwingen kann. Es wäre aber eigenartig, einem Titel die Fähigkeit zuzusprechen, für die Verfahrenskosten Befriedigung zu erzwingen, wenn ihm diese Fähigkeit durch das Gesetz für die Hauptsache entzogen ist. Nicht stichhaltig ist weiter das Argument, bei mangelnder Kostenentscheidung könne der Gläubiger, wenn ihn der Schuldner sofort in der Hauptsache befriedige, nicht zu seinen Kosten gelangen. Das würde nur dann zutreffen, wenn der Arrest nicht auch für ein Kostenaversum beantragt und erlassen wurde. Ein vorsichtiger Gläubiger wird aber immer auch den Arrest für ein solches Aversum beantragen.

Eine Kostenentscheidung im Arrestbeschlusse würde aber dem Gläubiger auch gar nichts nützen, wenn der Schuldner nicht zahlt und nicht zahlen will. Um sie zwangsweise beizutreiben, müßten sie im Kostenfestsetzungsverfahren liquidirt und festgesetzt werden. Dem steht aber die Mußvorschrift des § 104 entgegen, wonach der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden kann. Ein solcher Titel ist aber der Arrestbefehl nicht, er kann auch nicht über § 794 Nr. 5 subsumirt werden. Im Arrestbefehle selbst können die Kosten nicht festgesetzt werden: § 103 ist eine Ausnahmebestimmung. Nach alledem ist es keine Lücke im Gesetze, wenn es eine Bestimmung des Inhalts nicht enthält, daß der den Arrest anordnende Beschluß auch über die Kosten entscheiden solle, sondern nur logisch durchgeführte Konsequenz des Arrestbegriffs.

2. a) Hat das Landgericht auf die Beschwerde gegen einen Arrestbeschluß (einstweilige Verfügung) mündliche Verhandlung angeordnet und durch Urtheil erkannt, so liegt ein vom Landgericht *in zweiter Instanz* ergangenes *Endurtheil* vor, es ist sonach *unanfechtbar*. Daran wird nichts dadurch geändert, daß in erster Instanz durch *Beschluß* erkannt war; immerhin lag eine erstinstanzliche Entscheidung vor. OLG. 5 325 (Königsberg).

b) Anders wenn das Landgericht trotz angeordneter mündlicher Verhandlung im Beschwerdeverfahren statt durch Urtheil durch Beschluß entschieden hat. Gegen diesen Beschluß findet weitere Beschwerde mit der Wirkung statt, daß nach Aufhebung des Beschlusses die Sache dadurch in die Lage kommt, daß vom Landgerichte durch Urtheil zu entscheiden ist. Das OLG. kann in der Sache selbst nicht entscheiden, weil ihm dazu die Zuständigkeit fehlt. Denn gegen die vom Landgericht in zweiter Instanz nach mündlicher Verhandlung ergangenen Entscheidungen gewährt die CPO. ein Rechtsmittel nicht. OLG. 3 444 (Hamburg).

3. Zulässig ist die Verbindung der Verhandlung über die Berufung gegen eine nach mündlicher Verhandlung ergangene einstweilige Verfügung mit der Verhandlung über eine Beschwerde gegen eine andere einstweilige Verfügung. OLG. 3 444 (Dresden).

4. Abs. 2. Die irrthümlich erfolgte Zustellung von Amtswegen ersetzt die Parteizustellung nicht. OLG. Colmar, Els. Lothr. JZ. **26** 148.

§ 923. Die Streitfrage, ob die unterbliebene Feststellung des Geldbetrags durch Ergänzung in analoger Anwendung des § 321 erfolgen kann, wird von Gaupp-Stein (5) im Gegensatze zu den früheren Auflagen bejaht. Anders *Neukamp* zu § 923.

§ 924. 1. Hat das Prozeßgericht erster Instanz den Arrest (einstweilige Verfügung) erlassen, so ist der Widerspruch bei ihm einzulegen, mag auch die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig sein. OLG. Dresden, DJZ. **01** 263.

Ebenso Seuff. A. **56** 215 (Hamburg): Durch die Vorschriften der CPO. über das Arrestverfahren ist kein Grund gegeben, in Bezug auf die Widerspruchsklage des § 924 von den allgemeinen Grundsätzen der Gerichtsverfassung abzuweichen, die die Oberlandesgerichte nur als Instanzgerichte kennt.

2. OLG. **2** 107 (KG.): Die Ausdehnung des Widerspruchs in der Berufungsinstanz ist zulässig. Auch im Widerspruchsverfahren hat das Berufungsgericht erneut und selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für Erlaß eines Arrestes (einstweilige Verfügung) vorhanden sind. Ein Arrest (einstweilige Verfügung), der nach den bestehenden Prozeßvorschriften nicht mehr wieder erlassen werden darf, darf auch nicht bestätigt werden.

3. Die Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung kann nicht im Wege einer einstweiligen Anordnung eingestellt werden. Der § 769 bezieht sich lediglich auf den Fall der Erhebung von Einwendungen nach §§ 767, 768, nicht aber auf den Fall des Widerspruchs gegen einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung. Ausgeschlossen ist auch eine analoge Anwendung. OLG. **2** 128 (KG.).

§ 925. 1. (§§ 936, 708.) Ist eine vom Landgericht erlassene einstweilige Verfügung von demselben Gerichte durch zu Unrecht nicht für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil aufgehoben, so besteht die einstweilige Verfügung bis zur Rechtskraft des Urtheils fort, ein Antrag beim Berufungsgericht auf Wiederherstellung derselben im Wege der einstweiligen Verfügung ist daher gegenstandslos. **RG.** JW. **01** 80.

2. Es handelt sich beim Widerspruchsverfahren nicht um die Prüfung der Frage, ob das Gericht richtig handelte, als es auf Grund der Angaben des Gläubigers und der von ihm beigebrachten Glaubhaftmachung den Arrest anordnete, sondern darum, ob der angeordnete Arrest rechtmäßig ist. Seuff. A. **56** 430 (BayrObLG.).

3. Im Widerspruchsverfahren geschlossene Vergleiche über bedingungsweise Aufhebung der einstweiligen Verfügung fallen nicht unter § 794 Ziff. 1. SächsAnn. **21** 468.

§ 926. 1. Zuständig zum Erlasse der Anordnung ist nur das Gericht, das den Arrest (einstweilige Verfügung) erlassen hat, auch wenn das Widerspruchsverfahren in der Berufungsinstanz anhängig ist. OLG. **2** 107 (KG.).

2. Abs. 2. Hat das Gericht im Falle des § 926 Abs. 2 anstatt durch Endurtheil durch Beschluß entschieden, so ist gegen diesen Beschluß die Beschwerde unzulässig, da weder einer der gesetzlich hervorgehobenen Fälle noch eine Entscheidung vorliegt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist. Dem Gläubiger bleibt aber die Möglichkeit, da der Antrag des Schuldners auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den amtsgerichtlichen Beschluß nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise erledigt ist, den Gegner anderweit zur Erledigung dieses Antrags vor das Amtsgericht zu laden und den Antrag auf Erlassung eines Endurtheils zu stellen. OLG. **5** 327 (Breslau).

§ 927. 1. Abs. 1. „Veränderte Umstände“. Der Ausschluß der besonderen Prüfung der Zuständigkeitsfrage in dem Verfahren über den Arrest hat nur eine vorläufige Bedeutung, so daß also trotzdem der Arrest von der Zuständigkeit des Gerichts in der Hauptsache abhängt und der spätere Ausspruch über die Zuständigkeit in dem Urtheil über die Hauptsache auch für den Arrest maßgeblich sein muß. Wenn dem aber so ist, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß die rechtskräftige Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit, da sie zugleich auch die Unzuständigkeit des Gerichts für die Anordnung des Arrestes feststellt, diese Unzuständigkeit aber im Arrestverfahren nach gar nicht berücksichtigt werden konnte, eine nachträglich eingetretene Veränderung der Umstände enthält, welche

die Aufhebung des vom unzuständigen Gericht erlassenen Arrestes zur Folge haben muß. Daß unter den „veränderten Umständen", welche nach § 927 Abs. 1 den Antrag auf Aufhebung des Arrestes rechtfertigen, auch ein solcher, erst nachträglich feststellbarer formeller Mangel des Arrestverfahrens fällt, kann bei der Allgemeinheit des Ausdrucks nicht zweifelhaft sein. **RG. 50** 342, JW. **02** 24.

2. Abs. 2. **RG. 50** 342, JW. **02** 24: a) Gegen Endurtheile, die das OLG. auf Grund des § 927 Abs. 2 erlassen hat, ist die Revision zulässig. Indem das Gesetz bestimmt, daß, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht auch über den Arrest entscheiden soll, bringt es zum genügenden Ausdrucke, daß es für diese Entscheidung eben auch als Berufungsgericht thätig werde: es entscheidet über den Arrest zwar zum ersten Mal, aber nicht als erstinstanzliches Gericht. Wollte man diese Auslegung ablehnen, so müßte man auch die nach § 584 vom Berufungsgericht über die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage erlassenen Endurtheile für unanfechtbar erklären.

b) Als „anhängige Hauptsache" im Verhältnisse zum Arreste kann man — wenigstens dann, wenn der Arrest erst nach Erhebung der Klage beantragt und erlangt wurde, — nur denjenigen Prozeß über die Hauptsache ansehen, während dessen Laufes und im Hinblick auf den der Arrest angeordnet worden ist. Es ist also nicht Gericht der Hauptsache allgemein und ohne Beschränkung dasjenige Gericht, bei dem der Anspruch, wegen dessen der Arrest angeordnet worden ist, zur Zeit der Entscheidung über die beantragte Aufhebung des Arrestes anhängig ist.

§ 928. 1. (788 Abs. 2). Auf Grund des § 928 findet auch § 788 Abs. 2 Anwendung, so daß, falls der Arrestbefehl als ungerechtfertigt aufgehoben wird, der Arrestgläubiger ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last zu legendes Verschulden auch die Kosten zu tragen oder dem Schuldner zu erstatten hat, die durch die Vollziehung des Arrestes einschließlich der im Falle § 930 Abs. 3 angeordneten Versteigerung entstanden sind. **RG.** R. **00** 518.

2. Der Einwand, daß die durch die einstweilige Verfügung auferlegte Verfügung bereits erfüllt sei, kann nicht im Wege der Beschwerde, sondern nur durch Klage gemäß § 767 geltend gemacht werden. **RG.** JW. **02** 23.

§ 929. 1. Auch die Norm des § 929 Abs. 2 findet auf die einstweilige Verfügung Anwendung. **RG.** JW. **02** 255.

2. Die im § 929 Abs. 2 angeordnete Frist ist auch auf die Vollziehung einstweiliger Verfügungen entsprechend anwendbar, wenn der Natur der Sache nach eine entsprechende Anwendung möglich ist. Ein Fall der Vollziehung ist aber nicht gegeben, wenn das mittels einstweiliger Verfügung erlassene Verbot fernerer Geschäftsführung an einen Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen werden soll. Das Verbot wird mit der Zustellung an den Gegner ohne Weiteres wirksam. Daß zur Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung erforderlich ist, ändert hieran nichts. OLG. **2** 22 (Dresden).

3. Hat der Gläubiger innerhalb der zweiwöchigen Frist eine Ankündigung nach § 845 zugestellt, so ist die Frist gewahrt, falls nur innerhalb der dreiwöchigen Frist die Pfändung erfolgt. OLG. **2** 358; **3** 445 (KG.).

Anders Gaupp-Stein, Petersen-Anger, Struckmann-Koch zu § 845, nach denen die Ankündigung nicht zur Wahrung der Frist genügen soll.

§ 930. 1. Hellwig, Rechtskraft 80 Note 3 will § 839 auch für den Arrest analog anwenden.

2. Bei Forderungspfändungen auf Grund einstweiliger Verfügungen kann die im § 930 Abs. 1 Satz 3 über die Zustimmung getroffene Bestimmung mindestens dann nicht entsprechend angewendet werden, wenn die Vollziehung

der einstweiligen Verfügung nicht mit der Pfändung endigen muß, sondern weitere Abschnitte der Zwangsvollstreckung so lange zu durchlaufen hat, bis die Befriedigung des Gläubigers erreicht ist. In Fällen solcher Art ergiebt sich die Zuständigkeit nach der allgemeinen Vorschrift im § 828 Abs. 2. OLG. **5** 124 (Dresden).

§ 932. 1. a) (§ 866.) Die in der Literatur streitige Frage, ob die Eintragung einer Arresthypothek an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der einzutragende Betrag 300 M. übersteigt, wird in der Judikatur einstimmig bejaht. Vgl. KGJ. **20** A 114; OLG. **3** 440 (Dresden); JW. **01** 414 (OLG. Colmar). Ebenso u. A. Petersen-Anger § 866, 3; Brettner, R. **01** 404: Denn der Arrestsucher, dessen Forderung noch nicht feststeht, kann nicht mehr Rechte haben, als derjenige Gläubiger, der sich auf einen anderen Schuldtitel stützt und dessen Forderung bereits feststeht. Ferner bestimmt § 928, daß die für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften auch für die Vollziehung des Arrestes entsprechend anzuwenden sind.

b) Dagegen:

α. Speiswinkel, CBlFrG. **1** 952: Auch für eine den Betrag von 300 M. nicht übersteigende Forderung kann eine Arrestsicherungshypothek eingetragen werden.

Die im Beschlusse vom 2. 4. 00 enthaltene abweichende Ansicht des Kammergerichts findet im Gesetze selbst keine Stütze. Das Kammergericht nimmt an, daß § 866 Abs. 3 Satz 2 seinem Wortlaute nach alle zur Vollstreckung oder Vollziehung geeigneten Schuldtitel, also auch Arrestbefehle umfasse. Dies dürfte jedoch nicht zutreffen. Faßt man nämlich den § 866 im Ganzen ins Auge, so erkennt man, daß die fragliche Gesetzesstelle nur von der Zwangsvollstreckung handelt. Die CPO. kennt aber bei Arresten keine Zwangsvollstreckung, sondern nur eine Vollziehung nach Maßgabe der §§ 928—934.

Die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück ist im § 932 vollständig geregelt. Sie kann nach Abs. 1 nur durch Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgen, wodurch die im § 866 Abs. 1 aufgeführten beiden anderen Arten der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück (Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung) ausgeschlossen sind, und auf die Arrestsicherungshypothek finden nach Abs. 2 des § 932 nur die §§ 867 und 868 Anwendung. Die Anwendbarkeit der nicht miterwähnten Vorschrift des § 866 Abs. 3 Satz 2 ist damit ausgeschlossen. Wenn dies vom Gesetzgeber nicht gewollt wäre, hätte er die Anwendbarkeit auch dieser Vorschrift ausdrücklich bestimmen müssen, genau so, wie es in Ansehung der §§ 867, 868 geschehen ist.

Ein Redaktionsfehler liegt nicht vor, vielmehr ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Versagung der Zwangsverwaltung und die wenig zahlreichen Fälle der Arrestsicherungshypothek diese einzige Art der Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück nicht noch weiter hat einschränken wollen.

β. Meyer, Seuff. Bl. **66** 341: Die Summenbeschränkung des § 866 Abs. 3 gilt für die Arresthypothek nicht. § 932 entspricht unverändert der Regierungsvorlage, während Abs. 3 des § 866 erst vom Reichstag eingefügt wurde. Eine Andeutung, daß die Summenbeschränkung auch für die Arresthypothek gelten soll, ist in den gesetzgeberischen Verhandlungen nicht enthalten. Der Arrestgläubiger hat für die Arrestanlage in das unbewegliche Vermögen nur den Weg des § 932. Wendet man gemäß § 928 die Bestimmung des § 866 Abs. 3 auch für Arresthypotheken an, dann ist dem Gläubiger die Arrestanlage in das unbewegliche Vermögen für Forderungen unter 300 M. verschlossen. Ebenso Gaupp-Stein, Endemann u. A.

2. Eine Sicherung des Anfechtungsgläubigers gegen eine Weiterveräußerung des Grundstücks an einen gutgläubigen Dritten ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß eines Arrestbefehls gegeben sind. In diesem Falle ist der Glaubiger auf Grund des Arrestbefehls nach § 932 zum Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek berechtigt. Bolck, DJZ. **02** 343; s. jedoch Bendix zu § 935.

3. (§§ 807, 900 ff.) Ueber die Streitfrage, ob die Leistung des Offenbarungseids auch auf Grund einer Arrestpfändung zulässig ist, vgl. die Bemerkungen oben zu § 807

§ 935. 1. Die einstweilige Verfügung ist der Rechtsbehelf, der dem Anfechtungsgläubiger Schutz gegen den gutgläubigen Rechtserwerb Dritter zu bieten vermag. Der Anfechtungsgläubiger, der von dem Grundstückserwerber die Duldung seiner Befriedigung aus dem Grundstücke fordert, macht eine Individualleistung geltend. Eine Gefährdung dieses Anspruchs liegt schon vor, wenn die Besorgniß begründet ist, die Leistung selbst werde nicht verlangt werden, mag auch die Möglichkeit, den Vermögenswerth der Leistung beizutreiben, nicht zweifelhaft erscheinen. Einer Glaubhaftmachung der Gefährdung wird es im Falle der Anfechtung einer Grundstücksveräußerung regelmäßig nicht bedürfen, da sie sich aus der publica fides des Grundbuchs ohne Weiteres ergiebt. Der Inhalt der einstweiligen Verfügung bestimmt sich nach § 938. Dem Grundstückserwerber wird die Weiterveräußerung und Belastung des Grundstücks im Interesse des Anfechtungsgläubigers wegen dessen Anfechtungsanspruchs untersagt und diese Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen. Bendix, R. **02** 505; s. jedoch Bolck oben zu § 932 Note 3.

Ebenso: OLG. **4** 179 (Königsberg): Zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs dient, da es sich um eine Individualleistung handelt, die einstweilige Verfügung, nicht der Arrest. Allerdings handelt es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch, der, wie jeder vermögensrechtliche Anspruch, unter Umständen in eine Interesseforderung übergehen kann. Das darf aber nicht zur Folge haben, daß der Unterschied zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung ganz außer Betracht bleibt. So auch SächsAnn. **21** 456 (Dresden).

2. Aus dem Zwecke der einstweiligen Verfügung folgt in Ermangelung besonderer positiver Bestimmungen, daß das Recht des Käufers, die Vornahme ihn gefährdender, mit den vom Verkäufer ihm gegenüber übernommenen persönlichen Verpflichtungen im Widerspruche stehender Dispositionen durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern, nicht zu dem Zwecke ausgeübt werden darf, um die Erfüllung gleichwerthiger Verpflichtungen des Verkäufers gegen andere Personen unmöglich zu machen. OLG. **1** 144 (Rostock).

3. Der die einstweilige Verfügung anordnende Beschluß hat nicht über die Kosten zu entscheiden. Diese hat zunächst der Antragsteller zu zahlen. **RG.** NaumbAK. **00** 52.

4. (§ 769.) Ist ein Beschluß eine einstweilige Verfügung im Sinne des § 935 und keine Anordnung im Sinne des § 769, so ist er nur mit Widerspruch gemäß §§ 924, 936, nicht aber mit der Beschwerde anfechtbar. **RG.** JW. **01** 160, Gruchots Beitr. **45** 379.

5. (§§ 707, 719, 769, 771.) Ueber das Verhältniß der „Anordnungen", die theils überhaupt unanfechtbar, theils mit sofortiger Beschwerde anfechtbar sind, zur einstweiligen Verfügung, gegen die allein Widerspruch stattfindet, und darüber, daß allein der erkennbare Wille des beschließenden Gerichts entscheidet, ob der Beschluß eine „Anordnung" oder eine einstweilige Verfügung ist, ohne

daß es darauf ankommt, welche Art von Beschluß hätte ergehen müssen, vgl. **RG**. JW. **01** 514.

6. Das Recht auf Vorlegung einer Urkunde ist schon aus dem Grunde gefährdet, weil dem Besitzer jeder Zeit die Möglichkeit gegeben ist, sich der Innehabung zu entäußern. SächsAnn. **21** 535.

7. Eine einstweilige Verfügung kann zu dem Zwecke erlassen werden, damit die Eintragung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Grund eines vom Geschäftsführer abgeänderten Gesellschaftsvertrags verhindert werde. OLG. Frankfurt, Buschs Z. **30** 145.

8. Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung durch eine andere einstweilige Verfügung ist unzulässig. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **01** 235.

9. Eine Sicherungshypothek kann auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung nur dann eingetragen werden, wenn der Höchstbetrag bestimmt ist. Diese Bestimmung kann nur durch Einigung des Berechtigten und Verpflichteten, durch Gesetz oder Richterspruch, nicht aber durch die einseitige und willkürliche Bestimmung des Berechtigten erfolgen. OLG. **3** 364 (KG.).

§ 936. (§ 921.) Eine Verfügung, durch welche ein Gesuch um Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit dem Anheimgeben zurückgegeben wird, den Antrag, sofern er beim Landgerichte wiederholt werden sollte, anderweit zu begründen, entspricht nicht der Form für die Entscheidung über ein solches Gesuch. **RG**. JW. **01** 59.

2. (§ 925.) Ist über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung in einem selbständigen Rechtsstreite zu verhandeln und zu entscheiden, so hat die Entscheidung sich auch auf den Kostenpunkt zu erstrecken und diesen nicht der Entscheidung in der Hauptsache vorzubehalten. **RG**. JW. **01** 80.

§ 937. Der Einwand der Unzuständigkeit kann nicht darauf gestützt werden, daß die einstweilige Verfügung nach dem Geschäftsplane von einer anderen Abtheilung des Gerichts zu erlassen gewesen wäre. **RG**. JW. **00** 826.

§ 938. 1. Die Vollziehung einer die Sequestration eines Grundstücks anordnenden einstweiligen Verfügung (§ 938) darf nicht durch Anordnung einer Zwangsverwaltung auf Grund des Reichszwangsvollstr.Ges. vom 24. 3. 97 erfolgen. Beim Mangel besonderer Vorschriften für die Vollziehung und da die §§ 936, 928 die entsprechende Anwendung der Bestimmungen betr. das Zwangsvollstreckungsverfahren gestatten, darf allerdings der Vollstreckungsrichter seine Maßnahmen an die Vorschriften des Reichszwangsvollstr.Ges. anlehnen. Sache des Richters der einstweiligen Verfügung ist es aber, nicht nur die Sequestration, sondern auch in entsprechender Anwendung der §§ 848, 855, 857, 828 die Herausgabe des Grundstücks an den vom Amtsgerichte der belegenen Sache (Vollstreckungsgericht) zu bestellenden Sequester anzuordnen. Der Vollstreckungsrichter hat sich auf Bestellung des Sequesters, seine Belehrung und Beaufsichtigung zu beschränken. Die Beschlagnahme des Grundstücks, die Eintragung des Sperrvermerkes im Grundbuche, die Zuziehung der Betheiligten und Inanspruchnahme der Nutzungen unterbleiben. Die Nutzungen behält der Schuldner. Pusch, Zwangsverw. und Sequestration, Gruchots Beitr. **45** 314 ff.

2. **RG**. JW. **01** 396: a) Das „freie Ermessen" bezieht sich nur auf den sachlichen Inhalt; für die Zwangsmittel zur Verwirklichung der getroffenen Anordnung sind auch bei der einstweiligen Verfügung die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung nach §§ 936, 928 entsprechend anzuwenden.

b) Der deutsche Richter darf nicht mit unmittelbarer Beziehung auf ausländische, seiner Einwirkung entzogene Sachen Anordnungen zur Regelung der daran stattfindenden Besitzverhältnisse treffen.

§ 939. Wenn das Gericht, das die einstweilige Verfügung erlassen hat, nachträglich die Anschauung gewinnt, daß die Verfügung nicht hätte erlassen werden dürfen, so kann es sie nicht durch Beschluß unwirksam machen. Statthaft ist nur die Aufhebung im geordneten Wege durch Urtheil (§§ 925, 936). **RG.** JW. **00** 155.

§ 940. I. Allgemeines.

1. Einstweilige Verfügungen sind der Natur der Sache nach Ausnahmen von der Regel, sie sind um so vorsichtiger zu erwägen, wenn ihr Inhalt schon eine Zwangsvollstreckung bezüglich eines Anspruchs, der urtheilsmäßig noch nicht anerkannt ist, hervorruft, weil nicht allein die Interessen des Antragstellers in Betracht kommen, sondern ebenso die Interessen des Gegners beachtet werden müssen.

Die bloße Möglichkeit des Eintritts eines der Höhe nach ganz unbestimmten Nachtheils für sich allein vermag den Antrag einer einstweiligen Verfügung nicht zu rechtfertigen.

Im Allgemeinen dürfen einstweilige Verfügungen nicht der definitiven Entscheidung über das zu sichernde, die Hauptsache bildende Recht präjudiziren, nicht die definitive Entscheidung über das letztere bereits enthalten; es widerspricht dem Charakter der einstweiligen Verfügung, Anträge auf solche Anordnungen zuzulassen, welche materiellen Rechten derartig präjudiziren, daß sie in ihren Wirkungen irreparabel sind. OLG. **1** 135 (Darmstadt).

2. § 940 spricht von der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf das streitige Rechtsverhältniß und verlangt nicht, daß mit der Verfügung eine vorläufige Regelung des unmittelbar streitigen Verhältnisses selbst begehrt wird. OLG. **3** 14 (Kiel).

3. Durch eine einstweilige Verfügung wird weder der definitiven Entscheidung vorgegriffen noch an den Rechten der Parteien etwas geändert. OLG. **1** 376 (Bamberg).

4. Es liegt in dem Begriffe des Zustandes, daß es sich um ein Verhältniß von irgend welcher Dauer handeln muß. Dazu gehören auch obligatorische Verhältnisse, wenn sie einen dauernden Charakter haben.

Zulässig ist daher eine einstweilige Verfügung des Inhalts, daß der Gegner, durch dessen Verschulden der Antragsteller verletzt worden ist, diesem die Mittel für eine Kur zu zahlen hat. OLG. **5** 140 (Hamburg).

5. Zulässig erscheint nach § 940 eine einstweilige Verfügung des Inhalts, daß ein Schauspieler bis auf Weiteres bestimmte ihm vom Direktor übertragene Rollen nicht zu spielen braucht. OLG. **5** 138 (Breslau).

6. Durch einstweilige Verfügung kann Aufhören der Errungenschaftsgemeinschaft angeordnet werden. OLG. **4** 163 (Darmstadt). Zweifelnd OLG. **5** 140 (Dresden).

7. Dagegen kann auf Grund eines derartigen Beschlusses keine Eintragung im Güterrechtsregister erfolgen, da der § 1561 eine rechtskräftige Entscheidung fordert, eine einstweilige Verfügung aber diesem Erfordernisse nicht genügt. OLG. **4** 98 (Darmstadt).

8. Ist dagegen im Wege einstweiliger Verfügung durch rechtskräftiges Urtheil der Nießbrauch und die Verwaltung des eingebrachten Gutes aufgehoben, so ist die Eintragung im Güterrechtsregister zulässig. OLG. **5** 140 (Dresden).

9. Die Löschung einer Kautionshypothek kann im Wege einstweiliger Verfügung herbeigeführt werden. OLG. **1** 376 (Bamberg).

10. Ebenso kann der Käufer durch einstweilige Verfügung ermächtigt werden, die beanstandete Waare gemäß § 379 Abs. 2 öffentlich verkaufen zu dürfen. OLG. **1** 377 (Hamburg).

11. Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Grundstückseigenthümers rechtfertigt keine einstweilige Verfügung auf Zwangsverwaltung des Grundstücks zur Sicherung eines Hypothekengläubigers. OLG. 1 374 (Stettin).

12. Unzulässig ist eine einstweilige Verfügung, durch die dem Antragsgegner die fernere Nachbildung eines Musters sowie die Gebrauchmachung, Feilhaltung und Inverkehrbringung der durch die Nachbildung hervorgebrachten Gegenstände unter Androhung einer Strafe für jede Zuwiderhandlung verboten wird. OLG. 1 135 (Darmstadt).

13. Unzulässig ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die der Antragsteller den sofortigen Austritt des Gegners aus einem Konkurrenzgeschäfte fordert. OLG. 3 447 (Karlsruhe).

14. Unzulässig ist der Antrag des mit der Widerspruchsklage belangten Pfändungsgläubigers auf Erlaß einer die Versteigerung der gepfändeten Gegenstände anordnenden einstweiligen Verfügung. OLG. 3 446 (Karlsruhe).

II. Ehesachen.

1. Nach Maßgabe des § 940 können in Ehesachen auch andere als die im § 627 besonders genannten einstweiligen Verfügungen erlassen werden.

Es kann daher der Verkehr der Eltern mit den Kindern während des Ehescheidungsprozesses durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts geregelt werden. OLG. 1 378 (Hamburg).

2. Ebenso ist zulässig eine einstweilige Verfügung der Ehefrau auf Herausgabe der zur Führung eines gesonderten Hausstandes erforderlichen Gegenstände, des im Besitze des Klägers befindlichen gemeinschaftlichen Haushalts, auch wenn der Ehemann auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens geklagt hat. OLG. 3 14 (Kiel).

3. Das Berufungsgericht des Scheidungsprozesses kann den getrennt lebenden Mann durch einstweilige Verfügung nicht zur Herausgabe des Mobiliareinbringens der Frau anhalten. OLG. 3 241 (Darmstadt).

4. Im Scheidungsprozesse kann die Ehefrau nicht in zweiter Instanz die Prozeßkosten erster Instanz vorschußweise durch einstweilige Verfügung beanspruchen, denn die erste Instanz ist bereits abgeschlossen, und deshalb bedarf die Frau insoweit des Kostenvorschusses zur Abwendung wesentlicher Nachtheile nicht. OLG. 2 109 (KG.; s. a. eb. 529). Vom RG. bestätigt eb. Anm. 1.

§ 941. 1. Der Grundbuchrichter hat das Eintragungsersuchen nicht bloß nach Maßgabe des Grundbuchs, sondern auch nach den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke zu prüfen, insbesondere nach Maßgabe des § 866 Abs. 3.*) OLG. 2 221 (KG.).

2. a) Wird der vom Prozeßgerichte gestellte Antrag auf Eintragung vom Grundbuchamte bzw. der Registerbehörde zurückgewiesen, so steht dem Prozeßgerichte das Recht der Beschwerde zu. KGJ. 20 A 13; LG. Cöln, Buschs Z. 27 353.

b) Daneben ist aber auch die in ihrem Rechte betroffene Partei zur Beschwerde berechtigt. OLG. 2 221 (KG.).

§ 942. 1. Als Gericht der Hauptsache im Sinne der §§ 942, 943 erscheint, wenn die Hauptsache selbst zur Zeit der Anbringung des Gesuchs um Erlassung einer einstweiligen Verfügung noch nicht anhängig ist, jedes Gericht, bei welchem die Hauptsache nach den allgemeinen Regeln über die sachliche und örtliche Zuständigkeit anhängig gemacht werden kann. Unter mehreren hiernach zuständigen Gerichten hat Kläger nach § 35 die Wahl. OLG. 1 159 (Bamberg).

*) Dagegen die Red. 222 Anm. 1.

2. Das Verfahren auf Grund des § 942 Abs. 1 beschränkt sich auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der vom Amtsgericht erlassenen einstweiligen Verfügung. Diese Aufgabe ist erschöpft, wenn das Gericht der Hauptsache zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung gelangt. Es können daher wohl in diesem Verfahren von dem in ihm Beklagten Anträge auf Abänderung bzw. Beschränkung der einstweiligen Verfügung gestellt werden, nicht aber, abgesehen von Anträgen bezüglich der Rechtsfolgen im Kostenpunkte, Gegenanträge, welche über die Aufhebung derselben hinausgehen. Zu den letzteren gehört der Antrag auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. **RG.** JW. **02** 185.

3. Im Falle des § 942 kann neben der Prozeßgebühr keine besondere Gebühr für den Antrag beim Amtsgerichte berechnet werden. — Das Verfahren vor dem Amts- und dem Landgericht ist ein einheitliches: es entscheidet zunächst das Amtsgericht provisorisch an Stelle des Landgerichts; vor dem letzteren beginnt alsdann kein neues selbständiges Verfahren, sondern das anhängige Verfahren wird lediglich fortgesetzt behufs Erlassung der endgültigen Entscheidung. Daraus ergiebt sich, daß diese Entscheidung sich auf die beim Amtsgericht erwachsenen Kosten zu erstrecken hat, auch wenn das Landgericht nur schlechthin über die „Kosten des Verfahrens" entscheidet. OLG. **3** 271 (KG.).

4. Abs. 3. Die Frage, ob Aufhebungsbeschlüsse nach § 942 Abs. 3 der Anfechtung im Beschwerdeweg unterliegen, wird

a) verneint vom **RG.** JW. **01** 330 (ohne Gründe);

b) bejaht vom OLG. **3** 447 (Dresden): Zwar handelt es sich nicht um eine Entscheidung im Sinne von § 567, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden wäre, und ebensowenig läßt sich in Ermangelung einer auf die Vollziehung der Verfügung gerichteten Entschließung das Beschwerderecht des Antragstellers aus §§ 793, 928, 936 entnehmen. Wohl aber folgt die Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde aus der Vorschrift im § 934 Abs. 4, deren sinngemäße Ausdehnung auf Entscheidungen nach § 942 Abs. 3, wiewohl sie zunächst einen anderen Fall im Auge hat, doch um so unbedenklicher erscheinen muß, als die Folgen, welche sich an die Aufhebung eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung knüpfen, völlig gleichgeartet sind und überdies kein Grund ersichtlich ist, der in Ansehung der Rechtsmittel eine verschiedene Behandlung der in beiden Paragraphen bezeichneten Beschlüsse rechtfertigen könne.

5. Solange nicht der Antrag auf Aufhebung gestellt ist und die mündliche Verhandlung über ihn geschlossen ist, kann der Antragsteller nach § 231 Abs. 2 die Säumniß dadurch beseitigen, daß er den Gegner nachträglich vor das Landgericht lädt. OLG. **3** 448 (Dresden).

§ 945. 1. Nicht jede Anlegung eines Arrestes, für welchen objektiv ein Arrestgrund nicht vorhanden war, ist nothwendig als „von Anfang an ungerechtfertigt" anzusehen, vielmehr können Umstände vorliegen, welche trotz des objektiven Mangels eines solchen, die Anlegung als gerechtfertigt und mithin einen Entschädigungsanspruch als unbegründet erscheinen lassen. (Es erregt z. B. Jemand aus irgend einem Grunde den Anschein seiner unmittelbar bevorstehenden Auswanderung; nach Anlegung eines Arrestes weist er im Widerspruchsverfahren nach, daß er in Wahrheit eine solche Absicht niemals gehabt habe.) Jedenfalls wird § 254 BGB., wie auf die Schadensansprüche aus vorläufiger Vollstreckung (vgl. die Bemerkungen zu §§ 302, 717), so auch hier Anwendung zu finden haben. Schultze, Grünhuts Z. **28** 559 f.

2. Der Schadensersatzanspruch kann in dem über die einstweilige Verfügung schwebenden Verfahren nicht geltend gemacht werden. Das folgt einmal daraus, daß eine dem § 717 Abs. 2 entsprechende Bestimmung im § 945 fehlt. Weiter aber sind im Arrestprozeß und im Verfahren über einstweilige

Verfügungen nur Mittel der Glaubhaftmachung aus § 294 zugelassen und Beweismittel, die sofort vorgeführt werden können. Dementsprechend ist das Ergebniß dieses Verfahrens kein definitives, dem materiellen Anspruche wird nicht präjudizirt. Im Verfahren über den erhobenen Schadensersatzanspruch kann aber von einer nur provisorischen Feststellung nicht die Rede sein. Die Verhandlung eines solchen muß das bezügliche Rechtsverhältniß definitiv erledigen. Dazu gehört aber auch die Frage, ob überhaupt ein materieller Rechtsgrund für den Schadensersatzanspruch gegeben ist. Wäre man aber hiernach gezwungen, für den Fall einer Erörterung des Schadensersatzanspruchs innerhalb des Arrestverfahrens alle Beweismittel, nicht bloß die liquiden zuzulassen, so würden hierdurch die Grundlagen des summarischen Prozesses verschoben werden. **RG. 50** 406, JW. **02** 171.

Vgl. **RG.** JW. **02** 185: Das Verfahren über eine einstweilige Verfügung ist seiner Natur nach ein vorläufiges und summarisches und eignet sich zur Feststellung von Schadensersatzansprüchen nicht.

Neuntes Buch.
Aufgebotsverfahren.

§ 946. Ein Aufgebotsverfahren behufs Kraftloserklärung von Urkunden kann nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen eintreten, nicht aber auch vertragsmäßig bedungen werden; ein solches kann daher insbesondere auch nicht etwa um deswillen stattfinden, weil in einem Versicherungsvertrage die Zahlung der Versicherungssumme von der Vorlegung oder Kraftloserklärung der Polize abhängig gemacht ist. LG. Frankfurt a. M., R. **01** 440.

§ 957. Abs. 2 Ziff. 1. Die Bestimmung in Ziff. 1 ist nicht dahin auszulegen, daß die anfechtende Partei befugt sein soll, eine Entscheidung des Prozeßgerichts darüber zu verlangen, ob der Aufgebotsrichter richtig erkannt, d. h. ob er die thatsächlichen Verhältnisse zutreffend gewürdigt und die in Betracht kommenden Rechtsvorschriften richtig angewendet hat. Vielmehr kann auf Ziff. 1 die Anfechtung des Ausschlußurtheils nur dann gestützt werden, wenn behauptet wird, daß das Aufgebotsverfahren zu Unrecht eingeleitet worden sei, d. h. daß es an einem das Verfahren als Ganzes rechtfertigenden materiell-rechtlichen Aufgebotsgesetze gefehlt habe. **RG. 48** 367.

§ 958. Es giebt eine Konkurrenz der Anfechtungsrechte. Die Klage muß den Anfechtungsgrund als Klagegrund angeben. Hellwig, Anspruch 502.

§ 962. 1. Die Befugniß, den verschollenen Pflegebefohlenen im Aufgebotsverfahren für todt erklären zu lassen, giebt § 962 dem gesetzlichen Vertreter unerachtet seiner nach dem BGB. begründeten Zuständigkeiten und darüber hinaus. Als gesetzlicher Vertreter im Sinne dieser Bestimmung kommt in erster Linie der Abwesenheitspfleger in Frage, außer ihm noch der Vormund, nicht aber der Beistand und Testamentsvollstrecker, denn sie sind keine gesetzlichen Vertreter. Schlomka-Kabisius, CBlFrG. **1** 889 ff.

Auch der Abwesenheitspfleger ist zur Stellung des Antrags berechtigt. LG. Frankfurt, CBlFrG. **1** 761. Ebenso auch Gaupp-Stein u. A.

§ 1004. Der Wechselgläubiger, der den mit einem Aval versehenen Wechsel dem Schuldner zurückgegeben und einen Prolongationswechsel dafür genommen hat, kann das Aufgebot des ersten Wechsels nicht herbeiführen, um gegen den Bürgen vorgehen zu können. SächsOLG. **21** 434 ff.

§ 1005. Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung der Hypothekenbriefe über eine Gesammthypothek, welche auf mehreren in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegenen Grundstücken eingetragen ist, kann nicht nach § 36 ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand bestimmt werden. OLG. **2** 425 (KG.).

§ 1018. Abs. 1. Auf Grund des Ausschlußurtheils kann aus dem akzeptirten, wegen nicht erfolgter Zahlung protestirten gezogenen Wechsel, wenn dieser nach Erhebung des Protestes abhanden gekommen und für kraftlos erklärt worden ist, Regreß genommen werden. WO. Art. 54 steht nicht entgegen. **RG. 49** 132. Ebenso Staub, Dernburg, Gaupp-Stein u. s. w.; anders Bernstein, Rehbein, OLG. **2** 418 (Stuttgart).

Zehntes Buch.
Schiedsrichterliches Verfahren.

§ 1025. 1. Zulässigkeit des Schiedsvertrags:

a) Aus den §§ 1025, 274 ergiebt sich, daß durch einen Schiedsvertrag nur der Rechtsstreit, d. h. der Rechtsstreit in seiner Gesammtheit, den ordentlichen Gerichten entzogen werden kann. Eine gesetzliche Bestimmung, durch die die Ueberlassung einzelner Theile des Rechtsstreits vom Schiedsgerichte zugelassen wäre, giebt es nicht. Die öffentlich-rechtlichen Normen des Prozeßverfahrens können durch Parteivereinbarung nur insoweit eingeschränkt werden, als dies ausdrücklich im Gesetze gestattet ist. Darüber hinaus kann die Partei nicht nach ihrem Belieben die Entscheidung über einzelne Elemente des Rechtsstreits vor den ordentlichen Gerichten fordern. Es ist daher ein Vertrag, wonach über die Höhe des Anspruchs ein Schiedsgericht zu entscheiden habe und von dem ordentlichen Gerichte nur über den Grund des Anspruchs zu entscheiden sei, ungültig. OLG. 5 205 (Kiel).

b) Soll nicht das ganze Rechtsverhältniß, sondern nur ein einzelner Streitpunkt der Beurtheilung sachverständigen Personen überlassen werden, so liegt kein unter die §§ 1025 ff. fallender Schiedsvertrag vor. OLG. Dresden, R. 01 289.

c) Ein Vertrag, nach dem die kontraktliche oder nichtkontraktliche Beschaffenheit der Kaufsache von den Sachverständigen in einer die Parteien definitiv bindenden Weise entschieden werden soll, ist kein Schiedsvertrag im Sinne des 10. Buches der CPO. Ein solcher Schiedsvertrag liegt nur vor, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits durch Schiedsrichter erfolgen soll. Die Frage nach der vertragsmäßigen Beschaffenheit einer Waare bildet aber nur das Element eines Rechtsstreits (etwa der Wandelungsklage); die Entscheidung dieser Frage deckt sich nicht mit der Entscheidung des Rechtsstreits. OLG. 3 157 (Hamburg).

d) Wohl aber kann bezüglich einzelner Rechtsfragen ein Rechtsstreit der schiedsgerichtlichen Entscheidung zu unterbreiten sein. Die Nothwendigkeit eines demnächstigen Angehens der ordentlichen Gerichte wegen weiterer, aus der Sache noch entstehender Streitpunkte spricht nicht dagegen, daß über einen vorher wegen anderer Punkte entstandenen Streit durch ein wirkliches Schiedsgericht entschieden wird. OLG. 3 158 (Hamburg).

e) Es handelt sich nicht um die Einrede des Schiedsgerichts im Sinne des § 274 Nr. 3 und §§ 1025 ff., sofern das Schiedsgericht nicht über den Rechtsstreit, sondern nur über eine Vorfrage zu entscheiden hat. In einem solchen Falle ist die Klage, als vorzeitig angestellt, abzuweisen, da die vorgängige Herbeiführung der Entscheidung des Schiedsgerichts die Voraussetzung für die Erhebung der Klage ist. **RG.** Seuff. A. 57 422.

f) Aus der Vorschrift im § 146 Abs. 2 KO. ist zu schließen, daß es nicht im Sinne und Geiste des Gesetzes liegt, das Schiedsverfahren für die Feststellung einer Konkursforderung zuzulassen. Ein vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung abgeschlossener Schiedsvertrag steht daher der Klage vor dem ordentlichen Gerichte nicht entgegen. OLG. 5 203 (Braunschweig).

2. Es ist nicht ausgeschlossen, daß eine richterliche Behörde, auch eine solche des Auslandes, auf Anrufen von Privatpersonen als Schiedsgericht im eigentlichen Sinne thätig wird und daß demzufolge die von ihr ertheilte Entscheidung als Schiedsspruch im Sinne der §§ 1025 ff. zu behandeln ist. OLG. 5 209 (Dresden).

3. Ist in einem Jagdpachtvertrage zwischen einer Forstverwaltung und einem Jagdpächter für einen Dritten ein Entschädigungsrecht wegen Wildschadens statuirt, und zugleich für Ansprüche daraus schiedsrichterliche Entscheidung vereinbart, so ist der Dritte, falls ein solches Recht ihm gesetzlich zusteht, nicht auf das Schiedsverfahren beschränkt. Handelte es sich aber um Begründung eines bisher nicht bestehenden Rechtes durch Vertrag zu Gunsten des Dritten, so konnten die Parteien es von vornherein mit der Beschränkung der Geltendmachung im Schiedsverfahren begründen. **RG.** JW. **01** 207, 208.

4. Die Bestimmung eines Schiedsvertrags, wonach alle Meinungsverschiedenheiten, die zwischen den Kontrahenten „wegen Auslegung des Gesellschaftsvertrags" etwa entstehen möchten, durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, kann nur dahin verstanden werden, daß nicht etwa die Auslegung jenes Vertrags in abstracto, sondern seine Auslegung in Anwendung auf konkrete, aus dem Vertrage hervorgegangene streitige Rechtsverhältnisse, m. a. W. eben der Streit über solche Rechtsverhältnisse, bei welchen stets eine Auslegung des Vertrags erforderlich sein wird, der schiedsgerichtlichen Entscheidung unterworfen sein soll. OLG. **2** 97 (Hamburg).

5. Ein Schiedsvertrag in einem Gesellschaftsvertrage trifft nur die Streitigkeiten, die aus dem Gesellschaftsvertrag entspringen, nicht aber auch die Streitigkeiten, die sich auf ein Abkommen beziehen, wonach von zwei Gesellschaftern einer unter Ueberlassung des Geschäfts an den anderen austritt. OLG. Darmstadt, Puchelts 3. **32** 272.

6. Das „Schiedsgericht der Budapester Waaren- und Effektenbörse" ist ein Staatsgericht. OLG. **5** 205 (Dresden).

Ueber ausländische Schiedssprüche vgl. § 1042.

§ 1028. 1. a) In der Wahl der Schiedsrichter sind die Parteien gesetzlich in der Richtung nicht beschränkt, daß sie nur an einem oder einigen bestimmten Orten wohnhafte Schiedsrichter ernennen dürften, und an welchem Orte die ernannten Schiedsrichter zusammentreten, haben sie untereinander auszumachen. Es kann weder der Ort, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, noch der Wohnort der Parteien noch der Ort, an dem das an sich zuständige Staatsgericht sich befindet, in dieser Richtung maßgeblich sein. Es ist daher auch nicht ausgeschlossen, daß die Parteien an verschiedenen Orten wohnhafte Schiedsrichter wählen.

b) Nicht ausgeschlossen ist, daß die Wahl einer bestimmten Person zum Schiedsrichter deshalb unzulässig ist, weil sie dem nach Treu und Glauben auszulegenden Schiedsvertrag und dem aus ihm zu entnehmenden Willen des Kontrahenten widerspricht. OLG. **5** 206 (Hamburg).

2. Es besteht kein den Normen der CPO. über den Schiedsvertrag zu entnehmendes Hinderniß, daß der Vorsitzende der Civilkammer, der unter Umständen über die Sache zu entscheiden hätte, in einem Schiedsvertrag als die zur Ernennung des Schiedsrichters bestimmte Persönlichkeit bezeichnet werden könne. Diese Bezeichnung hat nicht den Sinn, daß der Vorsitzende in seiner amtlichen Eigenschaft jene Ernennung vornehme. Dieser Wirkungskreis wird durch sein Amt begrenzt und kann durch Vereinbarung Dritter nicht erweitert werden. Dieselbe wäre vielmehr, um rechtswirksam zu sein, dahin aufzufassen, daß unter dem Vorsitzenden der entsprechenden Civilkammer weder eine „Behörde" noch auch ein

Beamter in seiner amtlichen Funktion gemeint, sondern eine durch ihr Amt nur bezeichnete physische Person als Privatperson gedacht ist.

Hat er die Berufung angenommen und darauf als Privatperson die Schiedsrichter ernannt, so steht diese Ernennung derjenigen durch jede andere Privatperson gleich; sie unterliegt dennoch der Anfechtung nach § 1045 Abs. 1; zur Entscheidung über diese Anfechtung ist das im § 1045 Abs. 1 bezeichnete Gericht zuständig. **RG.** JW. **02** 590.

§ 1029. 1. Der § 1029 Abs. 2 kann auch dann Anwendung leiden, wenn die Partei, die zur Ernennung verpflichtet ist, eine aus räumlichen Gründen ungeeignete — z. B. in Florida wohnhafte — Person benennt. OLG. **5** 206 (Hamburg).

2. Durch fruchtlosen Ablauf der Frist wird ein fester Rechtszustand geschaffen, der durch ein späteres Eingreifen der säumigen Partei nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

Die Vorschrift des § 231 Abs. 2 kann auf die Ernennung der Schiedsrichter nicht angewendet werden. **RG.** DJZ. **00** 232.

3. Haben die Parteien dem Schiedsgerichte nicht auch die Entscheidung der Frage überwiesen, ob der die Ansprüche selbst begründende Vertrag rechtsgültig zu Stande gekommen ist, so ist diejenige Partei, die den Hauptvertrag wegen Täuschung anficht, und daher beim Nachweise des Anfechtungsrechts auch der Schiedsgerichtsklausel die Grundlage entzieht, zur Verweigerung der Ernennung des Schiedsrichters berechtigt. In einem solchen Falle liegt dem Gerichte, das angerufen ist, an Stelle des weigernden Vertragstheils den Schiedsrichter zu ernennen, die Pflicht ob, zunächst darüber, ob der Anfechtungsgrund vorliegt, eine Prüfung anzustellen, deren Ausfall dann für die Entscheidung der Frage, ob die gerichtliche Ernennung des Schiedsrichters stattzufinden hat, sich als maßgebend darstellt. **RG.** JW. **02** 171.

§ 1031. Das Recht zur Ernennung eines anderen Schiedsrichters fällt fort, wenn die Weigerung des Schiedsrichters auf ein arglistiges Verhalten der Partei, die ihn bestellt hat, zurückzuführen ist. **RG.** Gruchots Beitr. **44** 191.

§ 1032. 1. Es entspricht nicht der Absicht des Gesetzgebers, daß eine Partei einen Schiedsrichter ernennt, von dem sie durch vorherige Besprechung festgestellt hat, daß er ihren Standpunkt theilt. Der Gesetzgeber setzt voraus, daß der Schiedsrichter seines Amtes mit der Unparteilichkeit eines Richters waltet. Die Ablehnung wegen Befangenheit ist daher berechtigt. OLG. **5** 205 (Hamburg).

2. Aus der Natur des Schiedsvertrags ergiebt sich, daß durch den Parteiwillen ein bereits vorhandener und den Parteien bekannter Umstand, der nach dem Gesetz eine Ablehnung des Schiedsrichters rechtfertigen würde, dieser seiner Wirkung im Voraus entkleidet werden kann. **RG.** JW. **02** 392.

3. Es ist kein Ablehnungsgrund, daß ein Schiedsrichter im Auslande wohnt (vgl. auch o. Ziff. 1 zu § 1029). OLG. **5** 206 (Hamburg).

4. Das Gericht kann nicht das schiedsgerichtliche Verfahren bis zur Entscheidung der Vorfrage aussetzen, ob die Ablehnung des Schiedsrichters gerechtfertigt ist. OLG. **5** 206 Anm. 1 (Frankfurt).

5. Ein Vertrag, wonach eine Partei oder deren gesetzlicher Vertreter — der Bürgermeister einer Stadt — Schiedsrichter in Streitigkeiten der Partei sein soll, ist nichtig, da er der öffentlichen Ordnung zuwiderläuft. OLG. **3** 159 (Karlsruhe).

§ 1033. Nr. 1. Welche Gründe den Schiedsrichter zu seiner Weigerung veranlaßt haben, ist gleichgültig. Soweit ein schuldhaftes Verhalten einer Partei diesen Erfolg herbeigeführt hat, würde dieser Umstand vielleicht zur Begründung eines Schadensanspruchs, jedoch nicht dazu verwendet werden können, die Zu-

ständigkeit des Gerichts zur Entscheidung mit Erfolg zu bekämpfen. Sächs. OLG. **21** 239.

§ 1034. 1. a) Die Anhörung der Parteien durch die Schiedsrichter kann schriftlich oder mündlich erfolgen.

b) Die Schiedsrichter sind weder gezwungen, die Parteien von den beschlossenen Beweisaufnahmen zu benachrichtigen oder sie zu den Zeugenvernehmungen und Ortsbesichtigungen zuzuziehen, noch verwehrt es ihnen das Gesetz, den Vertreter einer Partei oder die Partei selbst wegen ungebührlichen Benehmens zum Abtreten zu veranlassen.

c) Es unterliegt allein dem Ermessen der Schiedsrichter, ob sie sich zur Prüfung der erforderlichen Rechnungen der Beihülfe eines Sachverständigen bedienen, und inwieweit sie diese Rechnungen einer Nachprüfung unterziehen wollen.

d) Es besteht für die Schiedsrichter keine Verpflichtung, die Parteien davon zu benachrichtigen, daß sie von der ihnen nach dem Schiedsvertrage zustehenden Befugniß, einen Obmann zuzuziehen, Gebrauch machen werden. RG. **47** 424, JW. **01** 161.

2. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, in welcher Form die Parteien zu hören sind, sondern überläßt die Bestimmung des Verfahrens in Ermangelung einer vorhandenen Vereinbarung dem Ermessen der Schiedsrichter. Wird zur Erlassung des Schiedsspruchs ein Termin für nothwendig erachtet, so sind hierzu die Parteien zu laden. Einer schriftlichen Ladung bedarf es nicht, wohl aber muß sie so erfolgen, daß sie den Zweck erfüllt, den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte zu geben. Eine gesetzliche Ladungsfrist besteht nicht.

Der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs muß stattgegeben werden, wenn dem Kläger in dem Verfahren vor dem Schiedsgerichte das rechtliche Gehör nicht gewährt worden ist. Es genügt, daß den Parteien Gelegenheit geboten wird, Alles vorzubringen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für dienlich erachten; in welcher Form die Parteien gehört werden, ob schriftlich oder mündlich, ob gleichzeitig oder nach einander, ist nicht von wesentlicher Bedeutung. BayrObLG. R. **02** 592.

3. Das Schiedsgericht ist — abgesehen von den §§ 1035—1039 — an die staatlichen Gesetze über das Verfahren nicht gebunden. Soweit die Parteien das Verfahren nicht festgesetzt haben, untersteht das formelle Verfahren wie das anzuwendende materielle Recht dem freien Ermessen des Schiedsgerichts. Insbesondere sind die Vorschriften über das Versäumnißverfahren, die Widerklage und die Vorschrift, daß das Gericht nicht befugt sei, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist, nicht bindend. OLG. **5** 207 (Königsberg).

4. Im Schiedsgerichtsverfahren können Theilurtheile ergehen. OLG. **2** 95 (Köln).

§ 1035. Dem Zwecke der Institution des Schiedsgerichts entsprechend sind Schiedsrichter an keinerlei prozessuale Regeln bei der Beweisaufnahme gebunden. Sie können auch in scheinbar unjuristischer Weise Auslegungszweifel, z. B. darüber, welcher von 2 Terminen für einen Preis maßgebend sei, in der Art lösen, daß sie die Mitte zwischen beiden Preisen für maßgebend erklären. OLG. **3** 158 (Hamburg).

§ 1039. 1. Die Ausdrucksweise des Gesetzes läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß diese Vorschrift als eine zwingende insofern gewollt ist, als nur ein Schiedsspruch, der in der angegebenen Weise unterschrieben, zugestellt und niedergelegt worden ist, mit der in den nachstehenden Paragraphen geordneten Eigenschaft der materiellen Rechtskraft und der Fähigkeit, die Vollstreckbarkeit zu erlangen, ausgestattet sein soll; woraus sich weiter ergiebt, daß das Gericht,

vor welchem eine derartige Wirkung des Schiedsspruchs geltend gemacht wird, das Vorhandensein jener Erfordernisse von Amtswegen zu prüfen hat. **RG. 49** 409, **JW. 01** 843; **RG.** JW. **02** 396.

2. Unterschrift. Solange sie nicht durch sämmtliche Schiedsrichter erfolgt ist, liegt ein endgültiger Schiedsspruch nicht vor und ist deshalb kein Raum für die Klage aus § 1041. OLG. Hamburg, DJZ. **02** 560.

3. a) Zustellung einer Ausfertigung. Zustellung in beglaubigter Abschrift genügt nicht. Das Verfahren ist alsdann noch nicht beendigt. **RG.** JW. **02** 126.

b) Solange der Schiedsspruch nicht in gesetzlicher Form zugestellt ist, kann der Schiedsrichter seine Entscheidung ändern. **RG.** JW. **02** 133.

4. Der nach § 1039 ergangene Schiedsspruch bedarf keiner richterlichen Erklärung seiner Gültigkeit und Rechtswirksamkeit. Das Vollstreckungsurtheil im Sinne des § 1042 Abs. 1 dient nur zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung. Hat der Schiedsspruch einen nicht vollstreckbaren Inhalt und hat einmal der obsiegende Theil etwa aus irgend einem Grunde ein besonderes dringendes Interesse, einen richterlichen Ausspruch über die Rechtsbeständigkeit, Rechtswirksamkeit und Unanfechtbarkeit des Schiedsspruchs, d. h. über das Nichtbestehen von Aufhebungsgründen, zu verlangen, so bietet ihm die Feststellungsklage im Sinne des § 256 das geeignete Mittel hierzu. BayrObLG. R. **02** 439.

§ 1041. 1. Gegenstand des Prozesses ist dasjenige Aufhebungsrecht, dessen Grund in der Klageschrift angegeben ist. Einführung eines neuen Aufhebungsgrundes ist Klagänderung. Wird der Klage stattgegeben, so wird nur der Schiedsspruch aufgehoben. Eine Verbindung der Aufhebungsklage mit der Klage über das Objekt des Schiedsspruchs ist zulässig. Hellwig, Anspruch 506 ff.

2. Die Klage ist eine (von § 256 nicht gedeckte) negative Feststellungsklage, Klagegegenstand und Feststellungsobjekt sind der Schiedsspruch bzw. dessen Ungültigkeit, Unwirksamkeit, nicht dessen „Aufhebung". Aus den in Abs. 1 aufgezählten Thatbeständen ist der konkrete Feststellungsgrund (der engere Rechtsschutzgrund) zu entnehmen. Folglich bedeutet die nachträgliche Geltendmachung eines anderen „Aufhebungsgrundes" keine Klagänderung. Langheineken, Urtheilsanspruch 190 ff.

3. Ueber die Klage auf Aufhebung eines angeblichen Schiedsspruchs darf nicht entschieden werden, ohne daß die geschehene Niederlegung des Spruches auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts (§ 1039) festgestellt ist. **RG. 49** 409.

4. Die Aufhebung kann erst beantragt werden, wenn der Spruch nach § 1039 zugestellt ist. **RG.** JW. **02** 126.

5. Nr. 1. Das **RG. 47** 424 ff. hält im Gegensatze zur Mehrheit der Schriftsteller an seiner Ansicht fest, daß unter der Unzulässigkeit des Verfahrens nicht nur die Zulässigkeit des ganzen Verfahrens zu verstehen sei (daß das schiedsrichterliche Verfahren überhaupt nicht stattfinden dürfte), sondern auch der Fall, daß die Schiedsrichter wesentliche Grundsätze des von den Parteien vereinbarten Verfahrens nicht beachtet haben. So jetzt auch Petersen-Anger II 757. Anders Gaupp-Stein II 886 u. A.

6. Nr. 5. Ob den zur Rechtfertigung der schiedsrichterlichen Entscheidung gegebenen Ausführungen wegen Dürftigkeit oder widersinnigen Inhalts die Eigenschaft einer Begründung fehlt, ist Frage des Einzelfalls, bei deren Beantwortung nicht die an ein richterliches Urtheil zu stellenden Forderungen maßgebend sind. Insbesondere ist bei Erlassung des Vollstreckungsurtheils aus einem Schiedsspruche bzw. bei Aufhebung desselben eine Prüfung seiner Begründung auf ihre Richtigkeit nicht statthaft. **RG. 47** 424.

7. Nr. 6. Anwendbarkeit des § 1041 Nr. 6 auf ausländische Schiedssprüche? **RG.** Böhms Z. **11** 449.

§ 1042. 1. Für das Vollstreckungsurtheil gilt dasselbe wie für das Urtheil aus § 731; Hellwig, Anspruch 175; siehe Hellwig o. Ziff. 2 zu § 722 u. Ziff. I 1 zu § 731.

2. Die Klage ist, gleichviel ob sie sich auf einen inländischen oder auf einen ausländischen Schiedsspruch stützt, von ganz gleicher Struktur wie die Klage aus § 722. Sie darf nicht deshalb abgewiesen werden, weil der Schiedsspruch erst nach erhobener Klage, vielleicht sogar erst in 2. Instanz, zugestellt oder niedergelegt (wirksam geworden) ist. Langheineken, Urtheilsanspruch 178 ff.

3. Bei der Klage aus einem Schiedsspruche ist die Rechtsfähigkeit der klagenden Partei auch dann zu prüfen, wenn der Schiedsvertrag den Rechtsstreit den ordentlichen Gerichten entzieht. OLG. **5** 208 (Kiel).

4. Aus ausländischen Schiedssprüchen ist auf Grund ihrer civilrechtlichen Wirksamkeit als Rechtstitel eine der actio judicati entsprechende Civilklage auf die nach dem Spruche geschuldete Leistung vor den Gerichten des Inlandes zuzulassen, selbst ohne Nachweis dafür, daß sie den Vorschriften der deutschen CPO. über das rechtswirksame Zustandekommen eines Schiedsspruchs entsprechen. Für die Rechtswidrigkeit (nach ausländischem Rechte) oder Vertragswidrigkeit derselben hat der sie Behauptende die Beweislast. **RG.** JW. **01** 424. Vgl. auch OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **32** 474.

5. Hat das Schiedsgericht in einer Entscheidung, die es mit der Ueberschrift „Schiedsspruch" versehen hat, den Antrag auf Wiedereröffnung eines durch einen früheren Vergleich abgeschlossenen Schiedsstreitverfahrens abgelehnt, weil es sich für die neu ausgebrochenen Streitigkeiten nicht für zuständig hielt, seine Thätigkeit also verweigert, so ist diese in der Form eines Schiedsspruchs ergangene Entscheidung in Wahrheit kein der Rechtskraft fähiger Schiedsspruch, der durch ein Vollstreckungsurtheil nach § 1042 die staatliche Anerkennung erlangen könnte. Der Bescheid der Schiedsrichter, daß sie nicht zuständig seien, kann niemals in Rechtskraft erwachsen, trotz der Bezeichnung als Schiedsspruch. **RG.** JW. **02** 589.

6. Mit dem Gegenstande der Vollstreckungsklage, der formalen Rechtsgültigkeit des Schiedsspruchs, steht ein aus dem materiellen Rechtsverhältnisse, das durch den Schiedsspruch entschieden ist, entnommener Anspruch in keinem rechtlichen Zusammenhang im Sinne von § 33. — Da die Vollstreckungsklage eine actio judicati ist, weil der durch das Schiedsgericht zuerkannte Anspruch einem rechtskräftigen ähnlich ist, sind aus dem entschiedenen Rechtsverhältniß entnommene materielle Einreden nur nach Maßgabe des § 767 zulässig. OLG. **2** 95 (Köln).

7. Da mit der Niederlegung des Schiedsspruchs die Funktionen des Schiedsgerichts beendet sind, so kann die Feststellung der Kosten nur durch das staatliche Gericht erfolgen und zwar nur durch das zum Erlasse des Vollstreckungsurtheils berufene Gericht. Hat es die Zwangsvollstreckung allgemein und ohne Einschränkung für zulässig erklärt, so ist damit der vollstreckbare Titel gegeben, auf Grund dessen die Erstattung der Kosten beansprucht werden kann. OLG. **3** 437 (Posen).

8. Der Antrag auf Erlaß eines Vollstreckungsurtheils ist für den nach dem Schiedsspruch Obsiegenden nicht der einzig gangbare Weg, sondern es ist auch die Klage auf Erfüllung des Schiedsspruchs — auch eines ausländischen — möglich. OLG. **5** 209 (Dresden).

§ 1043. Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist in dieser Anwendung nicht Feststellungsklage, sondern Bewirkungsklage. Langheineken, Urtheilsanspruch 243.

§ 1045. 1. Wie jedes neue Prozeßgesetz findet auch § 1045 auf nach dem 1. 1. 00 noch anhängige Prozesse Anwendung. **RG.** JW. **01** 330.

2. Das Beschlußverfahren des § 1045 ist anzuwenden, selbst wenn die Klage auf Ernennung eines Schiedsrichters noch unter altem Rechte erhoben war, und der Wechsel des Gesetzes erst während des Prozesses eintrat. Das folgt aus der sofortigen Anwendbarkeit prozessualer Rechtsnormen. **RG. 48** 404.

3. Kollision von altem und neuem Prozeßrechte. Das neue Prozeßrecht findet in vor dem 1. 1. 00 anhängig gewordenen Streitigkeiten dann keine Anwendung, wenn dasselbe die Geltung des neuen bürgerlichen Rechtes zur Voraussetzung hat, wie z. B. die Geltung der Bestimmungen über das Grundbuchwesen und über das Erbrecht. Ferner findet das neue Prozeßrecht keine Anwendung, wenn es sich einem auf Grund des alten Rechtes eingeleiteten noch schwebenden Verfahren nicht anpassen läßt. Dies trifft z. B. auf den Fall des § 1045 Abs. 3 zu, wenn nach altem Rechte bereits Berufung eingelegt ist. Eine Ueberleitung des Verfahrens in das der sofortigen Beschwerde erscheint unthunlich. OLG. **1** 108 (Hamburg).

4. Die Entscheidung, ob ein Schiedsrichter als nicht sachverständig abgelehnt werden dürfe, ist zwar keine solche „über die Ablehnung" des Schiedsrichters im Sinne des § 1045, der damit nur § 1032 trifft, aber eine solche über „die Ernennung" und daher im Verfahren des § 1045 zulässig. **RG. 47** 401.

5. Die hier angeführten Angelegenheiten sind dem sog. Beschlußverfahren zugewiesen. Die auf eine „Klage" statt eines Antrags ergehende Entscheidung gilt, wenn sie sich nicht auch sachlich als Urtheil darstellt, als Beschluß. Das dagegen zulässige Rechtsmittel ist die sofortige Beschwerde. BayrObLG. R. **02** 439.

6. Voraussetzung der Ernennung eines Schiedsrichters ist, daß die Parteien über das Bestehen des Schiedsvertrags einig sind oder daß das Bestehen eines solchen rechtskräftig festgestellt ist. Im Beschlußverfahren ist für eine solche Feststellung kein Raum. OLG. Karlsruhe, R. **02** 241.

7. Die Replik gegenüber der Einrede des Schiedsvertrags, daß der Schiedsvertrag in Folge der Weigerung des im Vertrag ernannten Schiedsrichters, das Amt zu übernehmen, oder in Folge Ablehnung des Schiedsrichters erloschen sei, ist *zulässig*; es darf ihr nicht das Gehör aus dem Grunde versagt werden, weil der Kläger nicht nach § 1045 vorgegangen ist. **RG. 49** 353. *Anders* OLG. **2** 130 (Breslau).

8. *Gegen dieses Urtheil* des Reichsgerichts wendet sich *Schönfeld*, R. **02** 310 ff.: Kann der Einrede des Schiedsvertrags mit der Replik, der Schiedsvertrag sei erloschen, begegnet werden? Der § 871 a. F. bestimmte nicht nur die Zuständigkeit der darin bezeichneten Gerichte, sondern zugleich auch den Weg der Geltendmachung. Wie eine im § 871 unerwähnte Frage dem danach zuständigen Amtsgericht oder Landgerichte nicht unterbreitet werden darf, so dürfen andererseits ihm einzelne der genannten Streitigkeiten nicht vorenthalten werden. Das geschähe aber, wenn man dem ein nach § 871 unzuständiges Gericht wegen der Hauptsache anrufenden Kläger gestattete, diesem Gerichte die Entscheidung über einen der aufgezählten Punkte im Wege der Replik abzuverlangen. Wird die zur Vertheidigung vorgebrachte Thatsache einer rechtswirksamen Schiedsvereinbarung von dem Gerichte festgestellt, so ist es durch das dem Fortbetriebe des Prozesses entgegenstehende Hinderniß gezwungen, in seiner Thätigkeit Halt zu machen und die angebrachte Klage abzuweisen. Der Weg für den Rechtsstreit vor dem Staatsgerichte bleibt, solange die Sperre besteht, durch § 274 verschlossen, den Schlüssel zur Oeffnung enthält lediglich § 871 a. F. Der Rechtszustand vor dem 1. 1. 00 ist lediglich insoweit durch die Novelle geändert worden, als das Verfahren vereinfacht und an die Stelle der Klage das für den Beschluß ausreichende Gesuch gesetzt worden ist.

§ 1046. 1. Die Klage wegen Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens ist eine (vom § 256 nicht gedeckte) negative Feststellungsklage; Klagegegenstand und Feststellungsobjekt sind ein bereits und noch im Gange befindliches Schiedsverfahren bzw. dessen Unzulässigkeit. Letztere bedeutet entweder Fehlen eines gültigen Schiedsvertrags oder mangelnde Legitimation der fungirenden Schiedsrichter. Langheineken, Urtheilsanspruch 193.

2. Unter die Klagen, welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens zum Gegenstande haben, gehört die positive Feststellungsklage, daß ein Schiedsgericht bestände. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 278.

